Karen Jaehrling · Christin Stiehm

Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'? Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung





Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'? Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung

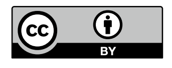
Karen Jaehrling · Christin Stiehm

Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'? Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung



Karen Jaehrling
Universität Duisburg-Essen
Duisburg, Deutschland

Christin Stiehm
Ministerium für Wirtschaft,
Infrastruktur, Tourismus und Arbeit
Mecklenburg-Vorpommern
Schwerin, Deutschland



Diese Publikation wurde gefördert von der Universität Duisburg-Essen

ISBN 978-3-658-38025-0 ISBN 978-3-658-38026-7 (eBook)
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Planung/Lektorat: Cori Antonia Mackrodt
Springer VS ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.
Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort und Danksagung

Die Corona-Pandemie hat auch den Arbeitsbedingungen in der sogenannten ‚Fundamentalökonomie' oder in den ‚systemrelevanten Berufen' erhöhte Aufmerksamkeit beschert. Viele dieser Tätigkeiten, die die Versorgung von Bürger*innen mit unverzichtbaren Gütern und Dienstleistungen gewährleisten, werden zwar von Privatunternehmen erbracht, aber von der öffentlichen Hand finanziert. Wer sich dafür interessiert, wie die Arbeitsbedingungen in diesen Tätigkeiten aussehen und wie sie zustandekommen, wird früher oder später darauf stoßen, dass die Redensart ‚Der Kunde ist König' hier im doppelten Sinne zutrifft: Der öffentliche Kunde kann nicht nur durch seine Einkaufsmacht mitbestimmen, was wie produziert wird, sondern auch als Souverän Regeln festlegen, an die sich Unternehmen beim Wettbewerb um öffentliche Auträge halten müssen. Dass mit der Politik und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe dabei wesentliche Rahmenbedingungen gesetzt werden, die sich auf die Arbeitsbedingungen in den beauftragten Unternehmen auswirken, war jedenfalls ein wiederkehrender Nebenbefund aus einer Reihe von Forschungsprojekten, an denen die beiden Autorinnen im Rahmen ihrer Tätigkeit am Institut Arbeit und Qualifikation (IAQ) der Universität Duisburg-Essen mitgewirkt haben. Wenig war aber darüber bekannt, wie diese Rahmenbedingungen eigentlich zustande kommen, wer mit welchen Interessen, Machtressourcen und normativen Vorstellungen an ihrer Gestaltung beteiligt ist, und welche Formen des Konfliktaustrags sich hier herausbilden. Daraus entstand die Idee für ein eigenes Forschungsprojekt zur ‚Öffentlichen Auftragsvergabe als neue Arena der industriellen Beziehungen', das im Zeitraum von 2016 bis 2020 von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gefördert wurde.

Das vorliegende Buch ist Ergebnis dieses Forschungsprojekts. Bezogen auf die öffentliche Auftragsvergabe zeigt es, dass und wie eben auch an diesem Schauplatz der Entscheidungsfindung abseits der bekannten Welt der gesetzlichen

und kollektivvertraglichen Arbeitsmarktregulierung über die soziale Ordnung von Arbeitsmärkten entschieden wird. Die Empirie haben Karen Jaehrling und Christin Stiehm gemeinsam erhoben und in enger Zusammenarbeit ausgewertet. Daraus sind die gemeinsam verfassten Kap. 5 bis 9 im zweiten Teil des Buchs hervorgegangen. Einleitung, Fazit und die Kapitel des ersten Teils hat Karen Jaehrling verfasst.

Unser Dank gilt der DFG für die finanzielle Unterstützung wie auch für die unkomplizierte Bewilligung der verlängerten Projektlaufzeit, die aus verschiedenen Gründen erforderlich wurde. Bei dem vorliegenden Buch handelt es sich zudem um eine Open-Access-Publikation, die mit Mitteln des Publikationsfonds der Universitätsbibliothek Duisburg-Essen gefördert wurde. Ganz besonders möchten wir uns darüberhinaus bei den zahlreichen Gesprächspartner*innen aus Politik und kommunaler Verwaltung, Gewerkschaften, Unternehmensverbänden, Beratungsorganisationen und öffentlich beauftragten Unternehmen bedanken. Ohne ihre Bereitschaft, uns ihr Wissen zur Verfügung zu stellen und uns Einblick in ihre Überzeugungen und Vorgehensweisen zu gewähren, wäre dieses Buch nicht zustandegekommen. Ein herzlicher Dank gilt schließlich auch Monika Spies und Dina Wefelmeyer am IAQ, die bei der Formatierung des Buchmanuskripts wertvolle Unterstützung geleistet haben.

Karen Jaehrling
Christin Stiehm

Inhaltsverzeichnis

Teil II Vergabepraxis

Abkürzungsverzeichnis

ABZ	Auftragsberatungszentrum Bayern
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDSW	Bundesverband der Sicherheitswirtschaft
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BIBB	Bundesinstitut für Berufsbildung
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BME	Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik
BMF	Bundesfinanzministerium
BMEL	Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRAV	Bundesweites Amtliches Anwaltsverzeichnis
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CIR	Christliche Initiative Romero e. V.
CoESS	Confederation of European Security Services
CorA	Corporate Accountability – Netzwerk für Unternehmensverantwortung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DEHOGA	Deutscher Hotel- und Gaststättenverband e. V.
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGE	Deutsche Gesellschaft für Ernährung e. V.
DVA	Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen

DVAL	Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen
DVNW	Deutsches Vergabenetzwerk GmbH
EASME	Exekutivagentur für kleine und mittlere Unternehmen
EFCI	European Cleaning and Facilities Services Industry
EFFAT	European Federation of Food, Agriculture, and Tourism Trade Unions
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
FERCO	European Federation of Contract Catering Organisations
FES	Friedrich-Ebert-Stiftung
FNR	Fachagentur für nachwachsende Rohstoffe
GewO	Gewerbeordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Teil
HhGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
ICLEI	Local Governments for Sustainability
IG BAU	Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
IG Metall	Industrie-Gewerkschaft Metall
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILO	International Labour Organization
IWF	Internationaler Währungsfonds
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KNB	Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung
KOINNO	Kompetenzzentrum innovative Beschaffung
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
KuPS	Studie zu Kosten- und Preisstrukturen in der Schulverpflegung
LEA	Landeselternausschuss(Berlin)
LtSM	link to the subject matter
MEAT	Most Economically Advantageous Tender
NGG	Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten
NPM	New Public Management
NPS	New Public Service
NSM	Neues Steuerungsmodell
NWS	Neo-Weberianischer Staat
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht

ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
SDL	Sicherheitsdienstleistungen
SLB	street-level bureaucracy
SSC	Shared Services Center
StWG	Stabilitäts- und Wachstums-Gesetz
ThürVgG	Thüringer Vergabegesetz
UNI Europa	European services workers union
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung)
VBBSC	Verband der Berliner und Brandenburger Schulcaterer e. V.
VDSKC	Verband Deutscher Schul- und Kitacaterer e. V.
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung)
VK	Vergabekammer
VNS	Vernetzungsstellen Schulverpflegung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
WEED	World Economy, Ecology & Development e. V.
WOEK	Werkstatt Ökonomie e. V.
ZDB	Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V.

Abbildungsverzeichnis

Tabellenverzeichnis



1 Einleitung

Mit der Durchführung öffentlicher Dienstleistungen werden zunehmend private Unternehmen beauftragt. In Deutschland werden jährlich öffentliche Autäge im Wert von über 300 Mrd. Euro oder 10 % des BIP vergeben (BMWi 2021, S. 23)[1]. Zwei übergreifende Trends prägen dabei die öffentliche Auftragsvergabe, sowohl in Deutschland als auch in anderen europäischen Ländern. Auf der einen Seite richtet sich eine Reihe von politischen Maßnahmen und Strategien gesellschaftlicher Akteure auf eine *Revitalisierung inklusiver Arbeitsmarktordnungen.* Dass etwa die sinkende Tarifbindung, Mitgliederverluste von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sowie Arbeitsmarktderegulierung zur Entstehung von Schutzlücken beigetragen haben, die die gesellschaftliche Integration gefährden, gilt mittlerweile vielfach nicht mehr als notwendiges Übel zur Sicherung von Wettbewerbsfähigkeit und Arbeitsplätzen, sondern als korrekturbedürftige Entwicklung. Auch in der Arbeits- und Industriesoziologie gilt ein wachsendes Forschungsinteresse den Möglichkeiten und empirisch feststellbaren neueren Ansätzen zur Herstellung „inklusiver Institutionen und Solidaritäten" (Doellgast et al. 2018) unter den geänderten Rahmenbedingungen. Empirische Anknüpfungspunkte dafür bieten Strategien der gewerkschaftlichen Erneuerung und neue Formen der Mobilisierung schwach repräsentierter Gruppen (z. B. Lévesque und Murray 2010, Schmalz und Dörre 2013), aber auch die staatliche Re-Regulierung von Arbeitsmärkten, etwa durch die Einführung von Mindestlöhnen.

[1] Die OECD gibt in ihren international vergleichenden Klassifizierung von staatlichen Ausgaben die jährlichen Ausgaben der öffentlichen Beschaffung („general government procurement) in Deutschland sogar regelmäßig mit über 15 % des BIP an; hierzu zählen aber auch Ausgaben für Leistungen von privaten Trägern, die nicht über den Weg der öffentlichen Ausschreibung beschafft werden, sondern z. B. über Zuwendungen, die im Bereich von Gesundheitsdienstleistungen und Bildung und Erziehung eine große Rolle spielen (OECD 2021, S. 161 ff.).

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_1

Die aktuellen Reformen der öffentlichen Auftragsvergabe lassen sich ebenfalls als ein Element zur Revitalisierung inklusiver Arbeitsmarktordnungen einordnen. Nicht zuletzt mit der jüngsten europäischen Vergaberechtsreform (2014) und ihrer Umsetzung auf nationaler Ebene (in Deutschland: 2016) wurde der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich ein größerer Stellenwert eingeräumt. Auch sind beispielsweise vergabegesetzliche Lohnvorgaben für öffentlich beauftragte Firmen in Deutschland – ebenso wie in zahlreichen anderen Ländern (Schulten et al. 2012; Duncan und Ormiston 2019) – ein zunehmend genutztes Instrument, welches die kollektivvertragliche Lohnsetzung durch Tarifverträge stützt und ergänzt. Eine Reihe von Untersuchungen hat diese und andere Ansätze der ‚sozialverantwortlichen Auftragsvergabe' auf nationaler Ebene beleuchtet (u. a. Howe und Landau 2009; McCrudden 2012; Jaehrling 2015; Ravenswood und Kaine 2015; Sack et al. 2016; Mori 2020).

Diese politischen Ansätze revitalisieren einen im Grunde genommen alten Anspruch an die Verantwortung des Staates für seine ‚Staatsdiener': So wie der Staat lange Zeit eine Vorbildrolle als ‚Guter Arbeitgeber' für die eigenen Bediensteten einnahm oder jedenfalls einzunehmen versprach (Beaumont 1992; Gottschall 2009), richtet sich nun an den Staat zunehmend auch die Erwartung, als ‚Guter Auftraggeber' zu handeln, also seinen Teil zu vernünftigen Arbeitsbedingungen im externen Teil des öffentlichen Sektors beizutragen. Dies kommt einem Perspektiv- und Politikwechsel gleich. Denn bislang ging, wie zahlreiche Untersuchungen gezeigt haben, die Auslagerung öffentlicher Aufgaben an private Unternehmen häufig mit Einbußen für die Beschäftigten in Hinblick auf Entlohnung, Beschäftigungsstabilität, Qualifizierungs- und Aufstiegschancen und damit auch mit einer Vertiefung der Ungleichheiten am Arbeitsmarkt einher (u. a. Emmenegger et al. 2012; Hermann und Flecker 2012, Vrangbaek et al. 2015; Grimshaw et al. 2015). Der Staat geriet dabei, auch in der sozialwissenschaftlichen Literatur, lange Zeit vornehmlich als *externer* Akteur in den Blick, der sich der Arbeitgeberrolle durch die Auslagerung entledigt hat und allenfalls noch mittels *allgemeiner* Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik die Rahmenbedingungen für die Aushandlungsprozesse zwischen Beschäftigten und Unternehmen gestaltet. In welcher Weise staatliche Akteure selbst als „stakeholder" (Ravenswood und Kaine 2015), also in ihrer *Rolle als Auftraggeber* die Ergebnisse dieser Aushandlungsprozesse beeinflussen, blieb hingegen unterbelichtet. Mit der Norm der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe ist auf politischer Ebene aber nun stärker ins Bewusstsein gerückt, dass sich die staatliche Einkaufsmacht in vielfältiger Weise nutzen lässt, um Löhne und weitere Arbeitsbedingungen auch bei beauftragten Firmen zu beeinflussen.

Solchen Ansätzen einer „Sozialpolitisierung" (Sack und Sarter 2016) der Auftragsvergabe steht allerdings der übergreifende Trend der *Vermarktlichung* oder der kapitalistischen „Landnahme" (Dörre 2009) gegenüber, der seit geraumer Zeit um sich greift. Diese Landnahme schließt nicht nur eine „Ökonomisierung des Nicht-Ökonomischen" (Schimank und Volkmann 2017), also das Vordringen von Marktprinzipien in bislang davon weitgehend ausgenommene Bereiche ein (z. B. Bildungseinrichtungen), sondern auch eine *Intensivierung* von Marktprinzipien, also ihre stringentere Durchsetzung in bereits marktförmig strukturierten Bereichen – beispielsweise in Gestalt der Reorganisation und strategischen Neuausrichtung von Unternehmen und Märkten im Übergang zum Finanzmarkt-Kapitalismus (u. a. Windolf 2005).

In der öffentlichen Auftragsvergabe kommen beide Facetten der Vermarktlichung zum Tragen: Bereits seit den 1970er Jahren sind mit der zunehmenden Übertragung von öffentlichen Aufgaben an privatwirtschaftliche Firmen Marktprinzipien in Bereiche vorgedrungen, die bislang von Wettbewerb und Profitorientierung ausgenommen waren. Dazu kommt in jüngerer Zeit eine Intensivierung von Marktprinzipien, selbst in denjenigen Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge, die schon seit langem in erster Linie durch private Firmen erbracht werden, wie der Bau öffentlicher Straßen und Gebäude. Denn es ist zwar schon lange so, dass öffentliche Aufträge an diese Firmen grundsätzlich im wettbewerblichen Verfahren vergeben werden; in diesem Sinne ist die öffentliche Auftragsvergabe schon seit über 100 Jahren marktförmig strukturiert. Wie in diesem Buch noch ausführlicher zu zeigen sein wird, stand die Ausgestaltung des Vergaberechts in Europa jedoch seit dem Beginn der 1990er Jahre unter der Zielvorgabe, das Prinzip des freien, grenzüberschreitenden Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge konsequenter zur Geltung zu bringen und bisherige wettbewerbsbeschränkende Regeln zu eliminieren (s. Kap. 3). Dieses Ziel geriet wiederholt in Konflikt zu Maßnahmen, die den reinen Preiswettbewerb zugunsten sozialer Ziele zu begrenzen suchen.

In den beiden Trends manifestiert sich damit auch in der öffentlichen Auftragsvergabe jene Doppelbewegung aus Marktexpansion oder ‚Entbettung' und Gegenbewegungen zugunsten einer sozialen ‚Einbettung' wirtschaftlichen Handelns, die nach Polanyi (2015 [1944]) moderne kapitalistische Gesellschaften von Anbeginn geprägt haben. Diese Doppelbewegung eignet sich nach unserem Dafürhalten auch in heutigen, demokratisch verfassten Marktwirtschaften noch als Ausgangspunkt der Analyse. Dies bedeutet, wie verschiedene Autor*innen (Streeck 2009, S. 246; Block und Somers 2014; Atzmüller et al. 2019) betonen, nicht etwa davon auszugehen, dass sich in jeder historischen Phase eine Art Gleichgewicht der Kräfte herausbildet; oder dass das Pendel nach einer

Phase der Entbettung unweigerlich zurückschlägt in Richtung sozialer Einbettung. Beide Bewegungen können eben auch in sehr asymmetrischer Weise koexistieren, und auch in extreme Formen sozialer Ungleichheit und eine tiefgreifende gesellschaftliche Destabilisierung münden.[2]

Der heutige Wert von Polanyis Perspektive besteht also nicht darin, die potenziell destruktiven und exklusiven Wirkungen der Vermarktlichung und der aus ihr resultierenden Dynamiken durch Verweis auf ‚einbettende' Gegenkräfte zu entdramatisieren, sondern darin, das *Spannungsverhältnis* zwischen beiden Bewegungen zum Ausgangspunkt der politisch-ökonomischen Analyse aktueller Wandlungsprozesse zu machen, und so die konkreten historischen Erscheinungsformen dieser Doppelbewegung aufzuspüren (Streeck 2011).[3] In diesem Sinne widmet sich das Buch den Dynamiken, die sich aus dem Nebeneinander von Vermarktlichung und anderen, quer dazu liegenden Trends, insbesondere der ‚Sozialpolitisierung' der öffentlichen Auftragsvergabe, ergeben. Im Zentrum steht die Frage, wodurch eine ‚gute' im Sinne von sozialverantwortliche Auftragsvergabe begünstigt oder gebremst wird, welche Formen sie annimmt, und inwieweit dies im Ergebnis die entstandenen Schwächen der kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes wenigstens partiell ausgleichen kann. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der Entwicklung der Vergabepolitik und -praxis in Deutschland seit der letzten großen Vergaberechtsmodernisierung (2016).

---

[2] Das liegt auch daran, dass sich die Gegenbewegungen nicht auf Regulierungsansätze oder soziale Bewegungen zugunsten einer *inklusiveren* Zähmung von Marktkräften beschränken, sondern auch soziale Bewegungen und Ideologien einschließen, die der Marktexpansion neue identitätspolitische Grenzziehungen entgegensetzen, wie rechtspopulistische Bewegungen oder politischer Islam (u. a. Buğra 2019; Becker und Dörre 2019).

[3] Nancy Fraser (2013) hat zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass die Formen der ‚social protection', die in der Nachkriegszeit vorübergehend recht erfolgreich der ‚marketization' Grenzen gesetzt haben, unvollständigen Schutz boten und teilweise exklusive und repressive Tendenzen aufwiesen – etwa in Form einer Marginalisierung und Benachteiligung von Frauen und Migrant*innen am Arbeitsmarkt (ähnlich Lessenich 2020). Andere Autor*innen haben auf die Externalisierung von Kosten zulasten von Klima und Umwelt durch den ‚Klassenkompromiss' im industriellen Zeitalter hingewiesen (u. a. Brand et al. 2019). Die verschiedenen Emanzipationsbewegungen, die sich seit den 1970er Jahren auch gegen solche exklusiven oder lückenhaften Formen der Einbettung von Märkten entwickelt haben, müssten daher als dritte Bewegung der Gegenwart berücksichtig werden, die zu den beiden anderen Bewegungen in einem Spannungsverhältnis stehe. Diese Perspektiven-Erweiterung erscheint für das Gesamtverständnis heutiger Gesellschaften als sehr nützlich. In die vorliegende Analyse zur Auftragsvergabe fließt sie insofern ein, als zumindest am Rande auch der Beitrag sozialer Bewegungen mit emanzipatorischen und ökologischen Zielsetzungen bei der ‚Sozialpolitisierung' der Auftragsvergabe beleuchtet wird.

Insbesondere in zwei Hinsichten erweitert die Untersuchung dabei den Forschungsstand zum Thema:

Erstens nimmt die Analyse der Vergabe*praxis* sowie weiterer Orte der Normproduktion auch jenseits von Gesetzgebung und exekutiven Verordnungen in diesem Buch deutlich breiteren Raum ein als in bisherigen Publikationen. Denn eine ‚dünne' Institutionenanalyse, die sich auf die Entwicklung von Gesetzen beschränkt, blendet auch potenzielle Konflikte und gegenläufige Trends aus, die diese gesetzliche Regelungsarchitektur modifizieren können. Im Falle der Auftragsvergabe stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit die gesetzliche Öffnung für soziale Zwecke, die mit der letzten europäischen Vergaberechtsreform an Dynamik gewann, auch in der administrativen Praxis an Substanz gewinnt oder hier durch andere Trends konterkariert oder ausgebremst wird. Denn gerade bei der Implementation und Anwendung von Gesetzen werden Zielkonflikte manifest, die sich auf Gesetzesebene durchaus in Form von Kompromissformulierungen und unbestimmten Rechtsbegriffen vermeiden lassen.

Zweitens rückt die Untersuchung die *Interaktionen und Wechselwirkungen* zwischen dem etablierten *System industrieller Beziehungen und der öffentlichen Auftragsvergabe* in den Vordergrund. Mit welchen Strategien, Positionen und mit welchem Erfolg bringen sich die Akteure der industriellen Beziehungen, also vor allem Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, in diesem Feld jenseits der eingespielten Formen des Interessenausgleichs (Tarifverhandlungen, Mitbestimmung) ein? Die wenigen bislang dazu vorliegenden Analysen (v. a. Seikel 2014; Semple 2018) fokussieren bislang auf die Gesetzesentwicklung; unsere Untersuchung nimmt darüber hinaus in den Blick, wie sich die Akteure der industriellen Beziehungen auch in die Gestaltung der Vergabe*praxis* einzubringen versuchen, und inwieweit umgekehrt die zuständigen Akteure aus Politik und Verwaltung diese Akteure und die von ihnen bereitgestellten Ressourcen einbeziehen.

Dieses Interesse an den Interaktionen zwischen Vergabepolitik und -praxis und dem System industrieller Beziehungen ist von der Annahme getragen, dass die effektive Nutzung des vergabespezifischen Instrumentariums zwecks Kompensation der Schwächen kollektiver Selbstregulierung paradoxerweise wenigstens teilweise von der Existenz handlungsfähiger kollektiver Akteure abhängig ist, die sich an der Ausgestaltung und Kontrolle von Ansätzen der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe beteiligen. Eine solche *komplementäre* Rolle von Vergabepolitik legten erste Vorarbeiten jedenfalls nah (v. a. Jaehrling et al. 2015; Jaehrling 2015), und unsere Analyse in diesem Buch bestätigt dies (s. ausführlich Kap. 9 in diesem Buch).

Wir verstehen unser Buch daher zum einen als *Beitrag zur Arbeits- und Industriesoziologie von öffentlichen Dienstleistungen* (Grabe et al. 2012), bei denen der Staat nicht als Arbeitgeber, sondern als wichtiger Käufer agiert.

Darüber hinaus eignet sich die Analyse der Vergabepolitik und -praxis auch als *Lehrstück, das zu einem besseren Verständnis der Konflikte und Dynamiken beiträgt, welche aus dem Spannungsverhältnis zwischen Vermarktlichung und anderen, gegenläufigen oder zumindest inkongruenten Trends hervorgeht.* Die gegenwärtige übergreifende Debatte zu diesem Spannungsverhältnis hat unsere Analyse wesentlich angeleitet. Der nachfolgende Abschnitt präzisiert daher unsere analytische Perspektive und den Beitrag, den das Buch zu dieser Debatte leistet. Im Anschluss stellen wir kurz die empirische Grundlage und die methodische Vorgehensweise dar.

1.1 Konzeptioneller Rahmen: Politische Mikroökonomie der Vermarktlichung

Ein breites Spektrum an Untersuchungen und Debatten beteiligt sich derzeit an der Vermessung der gegenwärtigen Erscheinungsformen und gesellschaftlichen Folgen der kapitalistischen ‚Landnahme'. Auf einige ausgewählte Forschungs- und Debattenstränge aus diesem breiten Spektrum möchten wir hier näher eingehen; vor allem mit ihren Thesen und analytischen Konzepten setzt sich das Buch auseinander. Es leistet damit einen Beitrag zu einer *politischen Mikroökonomie der Vermarktlichung.* Diese Bezeichnung schlagen wir als Sammelbegriff für eine Gruppe lose verbundener Arbeiten vor, die *sich aus einer akteurszentrierten Perspektive der Ausgestaltung von Märkten widmen* – also im Detail beleuchten, an welchen Schauplätzen der Entscheidungsfindung welche Akteure mit welchen Interessen um jene Regeln ringen, die den ökonomischen Austausch strukturieren – und dabei eine Intensivierung oder eben auch Einbettung von Marktprinzipien herbeiführen können.

Die Bezeichnung politische *Mikroökonomie* für diese Art von ‚Vermessungsarbeiten' zur gegenwärtigen kapitalistischen Welt knüpft an die Unterscheidung zwischen den volkswirtschaftlichen Teildisziplinen der Mikro- und Makroökonomie an. ‚Mikro' zeigt also keine Beschränkung auf Entscheidungen mit geringer Reichweite oder auf nachgeordneten Hierarchieebenen an, sondern eine mikroskopische Vergrößerung der einzelnen Bausteine, aus denen sich der Trend zur Vermarktlichung zusammensetzt, und zwar mithilfe eines Fokus' auf das Verhalten von Wirtschaftssubjekten anstelle der Betrachtung aggregierter Größen. Und

politische Mikroökonomie deshalb, weil politische Akteure, Strategien und Entscheidungen dabei eine gewichtige Rolle spielen – wenn auch eine umstrittene, wie noch weiter unten zu sehen sein wird.

Das Forschungsinteresse an einer solchen politischen Mikroökonomie der Vermarktlichung ist nicht zufällig im Gefolge der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008 gestiegen. Denn während die weltweite Bankenkrise nach dem Platzen der US-amerikanischen Immobilienblase bis in konservative Kreise hinein Forderungen nach einer Zähmung der liberalisierten Finanzmärkte laut werden ließ, schienen ihre Grundlagen, nämlich neoliberale Glaubenssätze und Politikrezepte, doch weitgehend intakt geblieben oder „merkwürdig untot“, wie Colin Crouch (2011) feststellte (auch Peck 2013; Mirowski 2015). Gerade diese Resilienz des Neoliberalismus, ja sogar die Wiederbelebung eigentlich „gescheiterter [neoliberaler] Ideen“ (Lehndorff 2014), etwa bei der Bewältigung der europäischen Staatsschuldenkrise, warf die Frage nach den Stabilisatoren oder Lebensspendern dieses ‚Untoten‘ auf. Verweise auf das Vorherrschen einer anonymen Ideologie, oder auf eine neoliberale ‚Gouvernementalität‘ – im Sinne einer weit verbreiteten Verinnerlichung der neoliberalen Rationalität, die ihr nahezu selbstgesteuert in sämtlichen Lebensbereichen zu Geltung verhilft – wurde dabei von einem Teil der Literatur als unzureichende Antwort empfunden.

Anstelle abstrakter Verweise auf Märkte als „unruly and totalising force“ bedürfe es, wie Ian Greer und Charles Umney formulieren, einer stärker empirischen Untersuchung von „the concrete ways in which they are created and managed in practice. Who “marketizes”? And how?“ (Greer und Umney 2022, S. 7). Ähnlich fordert Jamie Peck (2013) zu einer Präzisierung des ‚who did what‘ auf, und zwar sowohl in ‚lokalen‘, als auch in ‚globalen‘, kontextübergreifenden Entscheidungszusammenhängen.

> “The indiscriminate cry that ‘Neoliberalism did it’ belongs in the same family as the ‘I blame Thatcher’ denunciations of old; who did what, to whom, where, and how must be specified in social, economic, and institutional terms. In the global or extra-local realm, this means teasing out neoliberalizing tendencies (…) in particular settings, circuits, and fields – such as decision-making cultures within multilateral agencies; channels of policy learning and mobility; the rules of regulatory regimes in investment, trade, and finance; the operations of epistemic communities and technocratic networks; governance at a distance through financial instruments, indexing and benchmarking systems, model-building and best-practice emulation; and so forth” (Peck, 2013, S. 150).

In dieser Auflistung weit verstreuter Handlungszusammenhänge, Verbreitungswege und Techniken, die auf ‚neoliberalizing tendencies‘ abzuklopfen sind,

kommen einige Grundzüge der analytischen Perspektive zum Ausdruck, die wir der politischen Mikroökonomie der Vermarktlichung zuordnen. Es sei hier nochmals betont, dass diese Bezeichnung keine klar abgegrenzte, durch gemeinsame theoretische Grundlagen unterfütterte Denkschule umreißt, sondern eher die aus unserer Sicht verbindenden Elemente zwischen Arbeiten unterschiedlicher Forschungsstränge. Die Grundzüge dieser analytischen Perspektive erläutern die folgenden Abschnitte nun kurz und präzisieren dabei zugleich, was dies für die Analyse unseres Gegenstandes, die öffentliche Auftragsvergabe, bedeutet.

1.1.1 Neue Schauplätze der Entscheidungsfindung jenseits der bekannten Welt der (Arbeits-)Marktregulierung

Erstens richtet sich der Blick hier auf die Produktion von verteilungspolitisch relevanten Normen auch *außerhalb* der Handlungsfelder, in denen explizit und direkt über Verteilungsfragen entschieden wird, und die daher klassischerweise im Fokus von Arbeits- und Industriesoziologie sowie soziologischer Ungleichheitsforschung stehen: Während dort seit den 1990er Jahren der Ab- und Umbau von de-kommodifizierenden Sozialleistungen, von staatlicher Arbeitsmarktregulierung und von Institutionen der kollektiven Selbstregulierung im Vordergrund stand, gilt das Interesse hier umfassender der genauen Beschaffenheit oder „politischen Architektur von Märkten“ (Fligstein 1996, 2011), die auch im Blickpunkt wirtschaftssoziologischer Arbeiten und anderer politisch-ökonomischer Denkschulen stehen. Dies kommt einer Perspektiverweiterung gleich. *Im Fokus stehen eben nicht allein jene Institutionen, deren Zweck die Sicherung von Schutzrechten und materieller Teilhabe von Arbeitskräften ist, sondern alle marktschaffenden und -gestaltenden Regeln, seien sie wettbewerbsbeschränkender oder auch -intensivierender Natur – einschließlich solcher Regeln, die sich auf eher indirektem Weg auf die Teilhabe von Erwerbstätigen auswirken.* Auch Produktmarktregulierungen haben etwa Effekte auf Arbeitsbeziehungen (Gallie 2007); oder eben die Regulierung von Finanzmärkten (Dörre 2009; Thompson 2013; Haipeter et al. 2016) und die im obigen Zitat von Peck erwähnte ‚governance at a distance through financial instruments‘.

Solche Regeln werden eben häufig an anderen als den bekannten Schauplätzen der staatlichen und kollektiven Arbeitsmarktregulierung produziert. Die Bedeutung solcher Schauplätze wird auch von den klassischen Arbeiten in der Tradition des ‚Varieties of Capitalism‘-Ansatzes oder auch neueren daran anknüpfender Arbeiten zu nationalen ‚Wachstumsregimen‘ (Hassel und Palier 2021) gewürdigt. Dort steht jedoch die Frage im Vordergrund, wie funktional diese

Regeln für die *Stabilisierung* der national dominanten Produktionsregime sind, während es in den vorstehend aufgeführten Arbeiten eher darum geht, welche Konflikte hier ausgefochten werden und welche gesellschaftlich integrativen oder auch desintegrativen Wirkungen die getroffenen Entscheidungen besitzen.

Neue Schauplätze der Entscheidungsfindung jenseits der bekannten Welt der (Arbeits-)Marktregulierung – am Beispiel öffentliche Auftragsvergabe
Die Vergabepolitik selbst liegt als Ganzes außerhalb der Kernarenen politischer Arbeitsmarktregulierung und kollektiver Selbstregulierung. Hier sind es insbesondere haushalts- und wettbewerbsrechtliche Regeln – in Deutschland im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in Vergabeverordnungen (VgV, UVgO), sowie in den Haushaltsordnungen von Bund, Ländern und Kommunen fixiert – welche maßgeblich die Handlungsspielräume und -prioritäten für öffentliche Auftraggeber bestimmen. Darin enthalten sind nicht nur Regelungen, die sich direkt auf die Zulässigkeit arbeitsbezogener Anforderungen beziehen, sondern auch Regelungen, die den Preiswettbewerb auf andere Weise beschränken oder akzentuieren und sich darüber indirekt auf die Arbeitsbedingungen auswirken können – etwa zur Häufigkeit von Ausschreibungen, oder zum Nachunternehmereinsatz (ausführlich Jaehrling 2015). Darüber hinaus legen auch steuer- und schuldenpolitische Entscheidungen den finanziellen Handlungsrahmen von Auftraggebern fest und beeinflussen damit maßgeblich, wie ‚preisbewusst' sie einkaufen müssen. Letztere, also die Steuer- und Schuldenpolitik, behandeln wir in diesem Buch nur als Rahmenbedingung; als wichtige Stellschraube für die Arbeitsbedingungen im (quasi-)öffentlichen Sektor gilt es sie jedoch im Blick zu behalten.

1.1.2 Marktregulierung als Geflecht informeller und formeller, öffentlicher und privater Normen

Zweitens gilt das Forschungsinteresse der politischen Mikroökonomie der Vermarktlichung umfassend dem *dichten und vielfältigen Geflecht an Normen, mit dem Märkte jedweder Art gestaltet werden,* wie Pecks Auflistung veranschaulicht. Denn auch vermeintlich deregulierte, nach neoliberalen Prinzipien umgeformte

Märkte müssen institutionell abgesichert werden, weil sich gerade diese Marktordnung eben nicht auf natürlichem Wege durchsetzt. Das gilt bereits für den Laissez-faire-Liberalismus des 19. Jahrhunderts (Polanyi 2015 [1944], S. 192), und noch mehr für die neoliberale Programmatik der Nachkriegszeit (Peck 2008). Generell sind aber Marktordnungen jedweder Art durch zahlreiche formelle und informelle Routinen und Regeln gestützt, wie wirtschaftssoziologische Arbeiten unterstreichen. So zählt Fligstein (1996, 2011) zu den ‚Governance-Strukturen' von Märkten neben Gesetzen und Verordnungen auch dominante Einschätzungen, was als legales oder illegales Verhalten von Marktakteuren zu zählen ist; oder bestimmte organisationsinterne Praktiken – beispielsweise zur Gestaltung von Verträgen zwischen Firmen. Bei der Etablierung solcher informellen Routinen als Standards, die über Organisationsgrenzen hinweg wirken, können auch Berufsverbände oder der Austausch unter ‚Professionals' eine Rolle spielen, wie Fligstein in Anlehnung an organisationssoziologische Arbeiten ausführt (Fligstein 1996, S. 658). Dazu passen die von Peck angeführten ‚channels of policy learning and mobility' und das Wirken von ‚epistemic communities'. Zudem schließt das Normengeflecht nicht nur öffentliche, sondern auch (halb-)private Formen der Marktregulierung ein – etwa in Gestalt der von Peck angesprochenen ‚indexing and benchmarking systems'. Man denke hier etwa an die einflussreichen Firmen- und Staatenbewertungen von Rating-Agenturen; und auch digitale Plattformen, die neuerdings in vielen Bereichen zwischen Angebot und Nachfrage vermitteln und dabei durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Regeln setzen, lassen sich als private Formen der Marktregulierung einstufen.

Marktregulierung als Geflecht informeller und formeller, öffentlicher und privater Normen – am Beispiel öffentliche Auftragsvergabe

Als formelle Normen üben, neben Gesetzen und Verwaltungsordnungen, auch Gerichtsurteile, insbesondere das europäische Fallrecht, großen Einfluss auf die Durchsetzung und Weiterentwicklung des vergaberelevanten Wettbewerbsrechts aus. Das vorliegende Buch trägt nicht nur zur übergreifenden Debatte bei, wie die sogenannte ‚juridische Europäisierung' die Gesetzesentwicklung auf europäischer Ebene und mitgliedsstaatlicher Ebene beeinflusst (s. Kap. 3). Es geht darüber hinaus auch der bislang wenig untersuchten Frage nach, wie der Trend zur Verrechtlichung der Auftragsvergabe sich auf die Vergabepraxis auswirkt (Teil II des Buchs). Auch der juristische Diskurs ist, wie zu sehen sein wird, ein wichtiger Ort der Normsetzung, wo Verbände und ihnen nahstehenden Juristen mit

kontroversen Gutachten um die gültige Interpretation von Gesetzgebung und Rechtsprechung ringen (s. Kap. 4). Informelle Normen spielen darüber hinaus insbesondere in Gestalt von ‚Soft law' eine Rolle, also Leitfäden, professionellen Standards und Schulungs- und Beratungsangeboten, die sich an die Entscheidungsträger in der kommunalen Vergabepraxis richten. Sie transportieren dabei zum einen Erwartungen an eine ‚gute' (i. S. v. innovative, ökologische, soziale oder qualitätsorientierte) Auftragsvergabe, und zeigen zugleich dazu passende Handlungsoptionen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten auf (s. Kap. 6). Dieses Soft law wird sowohl von staatlichen als auch von nicht-staatlichen Akteuren (Verbände, NGOs) mitgestaltet.

1.1.3 ‚Engineering' von Vermarktlichung: Design und praktische Dilemmata der Spielregeln des ökonomischen Austauschs

Drittens schließlich gilt das Interesse stärker als bislang dem ‚engineering' oder der *Feinsteuerung von Märkten, also der genauen Ausgestaltung und Umsetzung der Spielregeln, nach denen ökonomische Transaktionen ablaufen.* Das Interesse dürfte zum einen durch den Befund motiviert sein, dass gerade liberalisierte Märkte eine engmaschige Verhaltenssteuerung und -kontrolle der Marktakteure erfordern, und dies paradoxerweise in vielen Bereichen eher eine „neoliberal bureaucratization" (Hibou 2015) als den oft mit neoliberaler Politik assoziierten Bürokratieabbau mit sich bringt. Das Interesse am Detail dürfte aber auch der Erkenntnis geschuldet sein, dass sich trotz der Einebnung von Unterschieden zwischen den bislang unterschiedenen Spielarten des Kapitalismus auch innerhalb dieser stark angeglichenen Verhältnisse recht diverse Spielregeln des ökonomischen Austauschs etablieren können – und dass diese ‚feinen Unterschiede' auch relevante verteilungspolitische Unterschiede erzeugen können. Es kommt insofern entscheidend auch auf das proaktive „engineering" (Greer und Umney 2022, S. 20) von Wettbewerb an.

Mit der unter den Namen ‚market engineering' oder ‚market design' firmierenden Forschungsrichtung (Gimpel et al. 2008; Roth 2002)[4] teilt diese Perspektive

[4] Diese Forschungsrichtung hat ursprünglichen die bewusste Gestaltung von elektronischen Märkten zum Gegenstand. Für einen Überblick und eine Kritik ihres neoliberal geprägten

das Interesse an den *genauen Techniken und Praktiken, mit denen Angebot und Nachfrage zusammengeführt werden.* Erkenntnisinteresse ist hier jedoch nicht die Optimierung dieser Techniken unter Effizienzgesichtspunkten, sondern ein besseres Verständnis der *Unzulänglichkeiten und Widersprüche, die sie in der Praxis hervorrufen, und der Strategien, mit denen Akteure diesen Widersprüchen begegnen.* Eine herausragende Studie zu diesem ‚engineering' der Vermarktlichung, die aus unserer Sicht stilbildend ist und auch für das vorliegende Buch in vielerlei Hinsicht Anknüpfungspunkte bot, ist eine ländervergleichende Studie zur Vermarktlichung von Arbeitsmarktdienstleistungen (Greer et al. 2017; Knuth 2018). „Marketization generates dilemmata" (Greer et al. 2017, S. 160), so bringen die Autor*innen die Ergebnisse ihrer Studie auf den Punkt, und zeigen dabei, dass und wie die verschiedenen Techniken der Vermarktlichung – etwa der Rückgriff auf Ausschreibungen anstelle von Zuwendungen an private Anbieter von Vermittlungsdienstleistungen, oder die Einführung von leistungsabhängiger Vergütung für Arbeitsmarktdienstleister – in der Praxis Dilemmata und unerwünschte Nebenwirkungen erzeugt; beispielsweise ein verstärkter Rückgriff auf ‚creaming'-Strategien[5] als Antwort auf die leistungsabhängige Vergütung.

‚Engineering' von Vermarktlichung – am Beispiel öffentlicher Auftragsvergabe

Anstelle der Frage, *ob* und *in welchem Umfang* öffentliche Dienstleistungen an private Firmen ausgelagert werden, richtet sich der Blick in unserer Studie auf die *Art und Weise*, wie dies geschieht. So kann sich die Verfahrenswahl selbst, Volumen und Dauer von Verträgen, Vorgaben zur Qualität und weitere Aspekte dessen, was Greer et al. (2017, S. 44 ff) mit „transaction modes" bezeichnen, in unterschiedlichem Maße Ressourcen(mangel) und Planungs(un)sicherheit für die privaten Anbieter generieren.

Ähnlich wird im vorliegenden Buch herausgearbeitet, wie auch bei der Wahl wettbewerblicher Ausschreibungsverfahren noch erhebliche Gestaltungsspielräume bestehen, die den Preiswettbewerb und damit auch den Preisdruck für Anbieter unterschiedlich stark akzentuieren können. Diese Gestaltungsspielräume sind allerdings stark bürokratisiert worden, infolge einer starken Verdichtung des vergaberechtlichen Regelwerks, das die

Grundvertrauens in Märkten als effizientes Mittel zur Lösung komplexer Aufgaben s. Nik-Khah und Morawski (2019).

[5] Unter ‚creaming'-Strategien versteht man in diesem Kontext die Konzentration von Vermittlungsbemühungen auf Arbeitslose mit besseren Arbeitsmarktchancen.

effektive Herstellung von freiem und grenzübergreifenden Bieterwettbewerb zum Ziel hatte (Kap. 3). Diese ‚neoliberale Bürokratisierung' wirft erhebliche Hürden für eine Vergabepraxis auf, die sich von der Strategie der Billigpreisvergabe zu entfernen versucht (s. Teil II des Buchs).

1.1.4 Dezentrierung: Die Außenseite von Neoliberalismus und Vermarktlichung

Viertens liegt das Augenmerk auch auf Faktoren und Trends, die sich sowohl bei der Ausgestaltung als auch bei der praktischen Umsetzung der Spielregeln gegen eine bloße Intensivierung von Marktprinzipien sperren und insofern quer zum Trend der Vermarktlichung liegen. So zeigt bereits die oben zitierte Studie von Greer et al. (2017), dass die von der Vermarktlichung erzeugten Dilemmata und Probleme auch Korrekturen anstoßen, die den Grad der Vermarktlichung der Arbeitsmarktdienstleistung zum Teil wieder verringert haben. Diesen Aspekt, also die Gegenbewegungen zur Vermarktlichung, betonen andere Arbeiten unter dem Schlagwort „after neoliberalism" (Larner und Craig 2005) noch stärker. Sie heben hervor, wie sich insbesondere in der sozialpolitischen Praxis genuin nicht-neoliberale Praktiken herausgebildet haben, die die Unzulänglichkeiten neoliberaler Politik einzudämmen und zu korrigieren suchen, ohne dass sich dies notwendigerweise in Modifikationen der politischen Ziele und Programme auf übergeordneter Ebene niederschlägt. Diese partiellen Korrekturen auf der Ebene der ‚street-level-operations' seien jedoch in ihrer Genese und ihren Effekten missverstanden, wenn man sie als bloße Bemäntelung oder Verwässerung des neoliberalen Projekts deute (Clarke et al. 2020). Noch weitergehend plädieren andere Autor*innen für eine „Dezentrierung" der Governance, welche die „spannungsreiche Koexistenz" (Bevir und McKee 2016, S. 209) verschiedener Technologien des Regierens anerkennt, um dadurch auch dem Stellenwert und den Eigenlogiken von nicht-neoliberaler Politik und Praxis Rechnung zu tragen.

> „Since the mid- 1990 s, public sector reforms have consisted not only (and perhaps not even mainly) of attempts to spread market mechanisms, but also of attempts to spread networks, joining up, and long- term partnerships, and to build state capacity, social capital, and resilient communities.(…) These technologies exist alongside neoliberalism. Sometimes they are in conflict with neoliberalism. Sometimes they fill gaps or shore up weaknesses in neoliberalism. Either way, they are generally attempts to

> address problems created by the market reforms of a high neoliberalism" (Bevir 2016, S. 2).

Diese Betonung der Eigenständigkeit nicht-neoliberaler Ansätze und der Kontingenz in Hinblick auf ihre Wirkungen deckt sich mit der Forderung von Leitner et al. (2007), die Analyse vom Neoliberalismus zu „dezentrieren". Es gelte, die multiplen Formen von ‚Anfechtungen' (engl.: contestation) neoliberaler Politik nicht als bloß reaktive Praktiken des ‚Widerstandes' (engl. ‚resistance') zu verstehen, sondern eigenständige Triebkräfte und Wirkungen von gegenläufigen Trends im Blick zu behalten, die genuin *außerhalb* des Neoliberalismus liegen.

Dieses Verständnis wendet sich damit auch gegen die Einordnung nicht-neoliberaler Praktiken als lediglich ‚verunreinigende' oder gar legitimitätsstiftende Elemente aller ‚real existierenden Neoliberalismen' und damit als Bestandteile eines fortdauernden, anpassungsfähigen hegemonialen neoliberalen Projekts (in diese Richtung u. a. Peck und Tickell 2002; Brenner und Theodore 2002). Stattdessen zeichnet sich hier ein Verständnis gegenwärtiger Governance-Formen als Mischformen ab, die aus konkurrierenden Trends oder ‚Projekten' hervorgehen und ebenso Anknüpfungspunkte für ihre Weiterentwicklung in die eine oder andere Richtung bieten. Dadurch werden gewissermaßen die Außenseite neoliberaler Politik und Praxis und die aus ihr hervorgehenden Impulse, Lernprozesse und Modifikationen eingehender beleuchtet.

Dezentrierung: Die Außenseite der Vermarktlichung – am Beispiel öffentlicher Auftragsvergabe

Die Analyse der Gesetzesentwicklung und Rechtsprechung auf europäischer und nationaler Ebene zeigt, wie nahezu zeitgleich zu den zunächst dominanten Ansätzen einer stärkeren Vermarktlichung der öffentlichen Auftragsvergabe auch Forderungen nach einer ‚Sozialpolitisierung' der Auftragsvergabe Raum greifen und Erfolge verbuchen (Kap. 4). Zum Teil erfolgt dies in direkter Reaktion auf die ‚juridische Europäisierung', also die Vermarktlichung mithilfe des europäischen Fallrechts; zum Teil ist dies gespeist aus einem davon weitgehend unabhängigen, übergreifenden Trend zur ‚Hybridisierung' des Systems industrieller Beziehungen, also zur Anreichung und Stützung kollektivvertraglicher Standards durch staatliche Interventionen.

In der Vergabepraxis kommen sich insbesondere die durch die ‚neoliberale Bürokratisierung' erzeugten rechtlichen Detailvorschriften auf der

einen Seite und Forderungen nach einer qualitativen Wende auch beim Einkauf einfacher Dienstleistungen auf der anderen Seite in die Quere (s. Kap. 7 und 8). Auch wird beleuchtet, wie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sich im Eigeninteresse an einer Unterbindung ruinösen Preiswettbewerbs zum Teil aktiv an einer solchen qualitativen Re-Orientierung der öffentlichen Auftragsvergabe beteiligen (s. Kap. 9).

1.1.5 Depolitisierung oder Repolitisierung? Zur Rolle von Politik im demokratischen Kapitalismus

Vielen der bislang genannten Arbeiten ist ein kritischer Blick auf die Rolle von demokratischer Politik gemeinsam. Dies hängt zum guten Teil mit dem erstgenannten Punkt zusammen, nämlich der höheren Bedeutung von Schauplätzen jenseits der bekannten Welt der (Arbeits-)Marktregulierung. Denn an vielen dieser Schauplätze werden Entscheidungen eben nicht von gewähltem politischen Personal, nach demokratischen Verfahren und unter Aufsicht von Medien und erweiterter Öffentlichkeit getroffen. Vielmehr habe sich, so Streeck, die Arena des verteilungspolitischen Konflikts bereits seit den 1970er Jahren.

> „allmählich vom Arbeitsmarkt in der Phase der Inflation auf die Sozialpolitik in der Zeit der Staatsverschuldung, die privaten Finanzmärkte in der Ära der Finanzialisierung und die internationale Finanzdiplomatie nach der Krise nach 2008 verlagert[e]: also in immer abstraktere, der Lebenserfahrung der meisten Menschen immer entferntere und dem Zugriff demokratischer Politik immer entrücktere Handlungsräume“ verlegt. (Streeck 2014, S. 154).

Form und Inhalt der Entscheidungsfindung gelten dabei als eng miteinander verbunden: Die Entdemokratisierung von Politik und der Wandel zu einer Scheindemokratie oder „Postdemokratie“ (Crouch 2004) gilt als Begleiterscheinung des neoliberalen Umbaus der Gesellschaft. Wichtige Entscheidungen werden demnach zunehmend hinter einer bloßen Fassade demokratischer Grundprinzipien (Wahlen) von einer kleinen Elite in intransparenten Verfahren und primär im Interesse mächtiger Unternehmen und Verbänden getroffen. Für solche Formen der Entscheidungsfindung hat Pepper Culpepper den Ausdruck der „quiet politics“ geprägt. Er unterscheidet in seiner Arbeit vier Arten der Entscheidungsfindung, die nach dem Grad der *öffentlichen Aufmerksamkeit* (‚political

salience') und der *Formalisierung* – verstanden als Beteiligung gewählter oder administrativer Amtsträger – variieren (Culpepper 2011, S. 181). Sogenannte „partisan politics", also formalisierte Entscheidungsprozesse unter hoher Anteilnahme der Öffentlichkeit, sind dabei am ehesten gegen den Durchgriff von mächtigen Wirtschaftsinteressen geschützt. Nur in eingeschränkter Form gilt dies hingegen schon für die „bureaucratic network negotiation", bei der die Entscheidungsfindung zwar nach formalen Regeln und unter Mitwirkung staatlicher Akteure erfolgt, aber abseits der Aufmerksamkeit von Wähler*innen und Medien und ohne nennenswerte Mitwirkung von politischen Parteien. Hier ist Expertise die „Währung" (Culpepper 2016, S. 460) der Wahl, mit der Unternehmen ihre Interessen einbringen können, die administrativen Akteure verfügen jedoch über ein gewisses Ermessen, welche Interessen sie berücksichtigen. Die besten Durchsetzungschancen haben Unternehmensinteressen schließlich bei solchen Entscheidungsprozessen vom Typus der „private interest governance", die durch geringe öffentliche Aufmerksamkeit und geringe Formalisierung gekennzeichnet sind, beispielsweise zur ‚Corporate Governance' von Unternehmen. Solche Formen von ‚quiet politics' leisten auch der Vermarktlichung Vorschub, wie Greer und Doellgast unter Rückgriff auf Culpepper argumentieren: Die Feinsteuerung von Märkten zugunsten einer Intensivierung des Preismechanismus vollziehe sich oftmals „in a technical, de-politicized way" (Greer und Doellgast 2017, S. 201).

Diese Wahlverwandtschaft zwischen neoliberaler Wirtschaftspolitik und technokratischer Regulierung möglichst fernab von Verfahren der repräsentativen Demokratie lässt sich nicht nur in den Schriften neoliberaler Vordenker wie Friedrich August von Hayek und James M. Buchanan aufzeigen (Biebricher 2015; Slobodian 2019). Auf europäischer Ebene bot insbesondere das Krisenmanagement im Gefolge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 auch empirisches Anschauungsmaterial, das sich als Bestätigung einer solchen Wahlverwandtschaft interpretieren lässt. Die Rolle der ‚Troika' (IWF, EZB, Europäische Kommission) bei der Bewältigung der Staatsschuldenkrise; ebenso wie die neuen Kontrollinstrumente und Steuerungsformen der ‚European Economic Governance' sind sowohl wegen der Stärkung der Exekutive und anderer, demokratisch schwach legitimierter Institutionen zulasten parlamentarischer Mitwirkungsrechte kritisiert worden, als auch wegen ihrer Stoßrichtung zugunsten von Privatisierung und dem Abbau sozialer Rechte und wohlfahrtsstaatlicher Infrastrukturen (u. a. Lehndorff 2014; Erne 2015). Insbesondere der Europäische Fiskalpakt von 2012, der die im Vertrag von Maastricht beschlossenen Regelungen zur nationalen Haushaltsdisziplin verschärft und erstmals mit Sanktionen hinterlegt hat, kommt der Verwirklichung von James Buchanans Vorstellung einer Schuldenbremse mit Verfassungsrang recht nahe, welche gewählte Regierungen zu Ausgabendisziplin

zwingen und den verteilungspolitischen Spielraum für Mehrheitsentscheidungen beschränken soll (Biebricher 2016). Für manche Beobachter*innen nimmt der „neoliberale Konstitutionalismus“ (Gill 2002) – also die Verankerung einer neoliberalen Wirtschaftsordnung in zwischenstaatlichen Verträgen mit verfassungsähnlichem Status, den Gill bereits im Maastrichter Vertrag zur Wirtschafts- und Währungsunion von 1992 angelegt sah – damit zunehmend autoritäre Züge an, insofern hier neue Instrumente *außerhalb* dieser Verfassung geschaffen werden (neue zwischenstaatliche Verträge wie den Fiskalpakt) und stärker repressive Elemente (schärfere Kontrollen und Sanktionen) eingeführt werden (Oberndorfer 2016; Kannankulam 2019). Bezogen auf die nationale Wirtschafts- und Sozialpolitik in den Mitgliedsländern der EU analysieren andere Autor*innen unter Rückgriff auf Culpepper, wie wichtige Entscheidungen zur Stabilisierung nationaler Wachstumsmodelle unter den Bedingungen globalisierter und finanzialisierter Märkte im Einklang mit den Interessen der dominanten Wirtschaftssegmente wesentlich im Rahmen von ‚quiet politics‘ getroffen werden (Bohle und Regan 2021; weitere Beiträge in Morgan und Ibsen 2021).

Empirisch betrachtet erscheint der politische Betrieb demnach in der aktuellen Phase weniger denn je als ein Ort der Gegenmobilisierung gegen die Entfesselung von Marktprinzipien, wie ihn Polanyi (2015 [1944]) konzeptionell begriff, sondern im Gegenteil als vereinnahmt von Akteuren, die diese Entfesselung vorantreiben, oder zumindest sozial inklusivere Wirtschaftsmodelle verhindern. Zwar heben die vorstehenden Analysen dabei zum Teil unterschiedliche Akteure mit auch unterschiedlicher Zielsetzung als treibende Kräfte hervor – neoliberale Think Tanks (Mirowski und Plehwe 2009); politische Eliten, die qua Amt den neoliberalen Doktrinen der europäischen Verträge zur vollständigen Entfaltung und Radikalisierung verhelfen; Einzelunternehmen und Kapitalfraktionen, denen diese neoliberale Agenda nützt (van der Pijl und Yurchenko 2014); oder aber die Interessenverbände derjenigen Wirtschaftssegmente, auf die sich das jeweilige nationale Wachstumsmodell stützt. Ihnen gemeinsam ist aber die Diagnose einer Entdemokratisierung und Depolitisierung verteilungspolitischer Entscheidungen, die bestehende soziale Ungleichheiten stabilisiert oder vertieft. Während die neoliberale ökonomische Regulationstheorie (Stigler 1971), aber auch die politikwissenschaftliche Regulationstheorie (Majone 1997, 2011) technokratische und konstitutionell gezähmte Entscheidungsverfahren als Vorkehrung verstehen, um den Staat vor einer Vereinnahmung (‚capture‘) durch mächtige

Interessengruppen zulasten des Gemeinwohls zu schützen[6], *erleichtern* im Gegenteil aus der Perspektive der obenstehenden Arbeiten solche entpolitisierten und entdemokratisierten Verfahren Entscheidungen zulasten des Gemeinwohls.

Allerdings sprechen einige Argumente auch gegen den dauerhaften Erfolg einer solchen Depolitisierung der Marktregulierung im Interesse mächtiger Wirtschaftsakteure oder zugunsten einer neoliberalen Marktordnung. Das ist zum einen der fehlende wirtschaftswissenschaftliche Konsens zu ökonomischen Wirkungszusammenhängen und geeigneten Formen der Marktregulierung, sodass bereits die Expertise, auf die sich eine vorgeblich apolitische, nur Sachfragen verpflichtete Marktregulierung stützen könnte, umstritten bleibt (Biebricher 2016, S. 855). Zudem besitzen die zu entscheidenden Sachverhalte unabweisbar verteilungspolitische Implikationen und sind daher auch mit einiger Wahrscheinlichkeit der Politisierung durch Laien, insbesondere durch die Verlierer*innen dieser Entscheidungen ausgesetzt – wie die Entstehung neuer Parteien wie ‚Podemos' in Spanien und ‚Syriza' in Griechenland belegen (ebda.).

Auch die von Morgan und Ibsen versammelten Analysen dokumentieren zwar, dass ‚die Wirtschaft' („business") diskrete ‚quiet politics' bevorzuge. Die Analysen zeigen jedoch zugleich, dass solche Strategien in mehreren Ländern aktuell schwer aufrechtzuerhalten sind und zunehmend auf „noisy politics", also eine Politisierung stoßen, die sich gegen bestimmte Hinterzimmer-Deals wenden, oder sogar gegen den Einfluss von Expert*innen und Eliten generell (Morgan und Ibsen 2021, S. 13). Treibende Kräfte sind dabei auch diesen Analysen zufolge die Verlierer verteilungspolitischer Entscheidungen. Neben links- und rechtspopulistischen Parteien, die die Abwehr- und Protestbewegungen in unterschiedlicher Weise politisch kanalisieren, schließe dies auch Teile der Wirtschaft selbst ein. Die Wirtschaft sei eben kein homogener Block; dies komme in Culpeppers Perspektive tendenziell zu kurz (Morgan und Ibsen 2021, S. 13).

Eine differenziertere Perspektive auf die Rolle der Wirtschaft werfen auch die Arbeiten von Fligstein. Auch er bedient sich der Denkfigur des ‚capture'

[6] Gemäß der politikwissenschaftlichen Regulationstheorie droht im ‚kooperativen' Staat die Vereinnahmung von staatlichen Aufsichtsbehörden durch die regulierten Unternehmen (einschließlich ihrer Beschäftigten) auf Kosten von Gemeinwohl und Interessen der Konsument*innen. Schuppert (2005, S. 33) spricht daher von der Gefahr der „corporatist capture". Normativer Fluchtpunkt ist hier eine an Sachkompetenz orientierte neutrale Rolle des Staates. So ersetzen in Majones idealtypischer Charakterisierung der regulierungsstaatlichen Governance Experten, Richter und andere „regulators" die zentralen Akteure des Vorgängermodells (nämlich politische Parteien, Beamte und ‚corporate interest groups'), und werden dabei allenfalls durch eine pluralistische Struktur von „non-economic, single issue groups" begleitet, die sich zu Themen aus dem Bereich Umwelt, Gender oder Konsumenten-Interessen formieren (Majone 2011).

von staatlichen Institutionen, allerdings in heuristisch neutralisierter Form (Fligstein 2011, S. 56). Demnach streben Unternehmen primär nach Stabilisierung ihrer Marktposition und haben daher ein Interesse an der *Begrenzung* von Preiswettbewerb, welcher grundsätzlich als destabilisierendes Element begriffen wird. Ihre Lobbying-Aktivitäten gegenüber staatlichen Akteuren richten sich demnach darauf, Marktinstitutionen oder Regeln zu etablieren, die den Erfolg des eigenen Geschäftsmodells garantiert. Solche Strategien können im Ergebnis sehr selektiven Partikularinteressen nützen. Je nach politischer Konstellation und Allianzen mit anderen gesellschaftlichen Akteuren kann dies aber auch in eine Marktregulierung münden, die einer breiteren Interessenkoalition zugutekommt.

Fligsteins konzeptionelles Verständnis rückt ins Bewusstsein, dass es keineswegs dem natürlichen Interesse dominanter Wirtschaftsakteure entsprechen muss, eine Vermarktlichung im Sinne einer Intensivierung des Preismechanismus (Greer und Doellgast 2017) zu unterstützen. Es unterstreicht die *Interessenheterogenität* von wirtschaftlichen Akteuren, die im Eigeninteresse um die politische Marktregulierung ringen, im Ergebnis aber Marktordnungen mit unterschiedlichem Grad der ‚Einbettung' unterstützen können. Dass diese Interessenheterogenität und daraus hervorgehende Impulse zur Politisierung der bestehenden Marktregulierung mehr Aufmerksamkeit bedürfen, konzediert auch Culpepper in seiner Replik auf Morgan und Ibsen: Wirtschaftliche Akteure hätten zunehmend Schwierigkeiten, mit einer Stimme zu sprechen – eine basale Voraussetzung für den Erfolg von ‚quiet politics' (Culpepper 2021, S. 136). Diese Schwierigkeiten der kollektiven Interessenaggregation führt Culpepper auf die wachsende wirtschaftliche Macht von Einzelfirmen zurück, aber auch auf die Internationalisierung und Finanzialisierung der Wirtschaft, die einen Spalt zwischen diejenigen Branchen und Firmen treibe, die davon profitieren, und die, die das nicht tun.

Es spricht also einiges dafür, dass auch und gerade in der gegenwärtigen Phase heterogene Interessenlagen einen reichhaltigen Nährboden für die Politisierung selbst solcher Entscheidungsgegenstände bilden, die bislang eher im Schatten der öffentlichen Aufmerksamkeit lagen. Offen bleibt allerdings, unter welchen Bedingungen eine solche Politisierung auch ein Gegengewicht zum Trend der Vermarktlichung darstellen kann. Denn auch dominante wirtschaftliche Akteure können lernen, ihre Interessen unter den Bedingungen von „noisy politics" durchzusetzen, wie einzelne Arbeiten zeigen (u. a. Emmenegger und Marx 2019). Culpepper sieht dennoch insbesondere in der Herstellung öffentlicher Aufmerksamkeit durch eine freie Medienberichterstattung weiterhin grundsätzlich den zentralen Mechanismus, mit dem politische Änderungen auch gegen die strukturelle Macht dominanter Wirtschaftsakteure durchgesetzt werden können – auch wenn die zunehmenden populistischen Angriffe auf ‚mainstream'-Medien und

die Entstehung von medialen Parallel-Universen diese Funktion unterminieren (Culpepper 2021, S. 140).

Allerdings: Regierungen, politische Parteien und staatliche Bürokratien erscheinen auch in dieser Perspektive weniger als Akteure mit eigener Agenda, denn als Hüter des Status quo, die erst auf äußeren Druck hin zu Konzessionen zu bewegen sind.

> „Voters can influence governments only when governments think voters are paying attention to what they are doing. The way they pay attention is through newspapers, television, and social media." (Culpepper 2021, S. 40).

Selbst in Beiträgen, die die *Repolitisierung verteilungspolitischer Fragen* thematisieren, bleiben die politischen Machtzentren damit eigentümlich leer und die Eigendynamiken des politischen Betriebs auf den Wettbewerb um Wählerstimmen verkürzt. Das Augenmerk liegt hier, wie auch in zahlreichen anderen Beiträgen zur ‚contestation' von neoliberaler Politik, vorrangig auf Strategien der Gegenmobilisierung von ‚unten' und ‚außen', also etwa durch Verbände, zivilgesellschaftliche Organisationen und lokale Bündnisse (u. a. Lessenich 2014; Blühdorn und Deflorian 2021) oder durch Parteien am linken und rechten Rand des politischen Spektrums (Streeck 2021). *Dies blendet jedoch tendenziell Konflikte und Kompromisse ‚oben' und ‚innen' aus – also in der Gesetzgebung, im Regierungshandeln, in der Verwaltung, in der Rechtsprechung und an weiteren Schauplätzen, an denen formelle und informelle Normen zur Marktsteuerung gesetzt werden. Auch durch sie geht aber, so eine zentrale Ausgangsannahme unserer Untersuchung, ein Riss in Gestalt des Polanyi'schen Spannungsverhältnisses zwischen Vermarktlichung und Einbettung bzw. ‚Sozialpolitisierung'.*

An dieser Lücke setzt daher die nachfolgende Analyse an. Sie richtet ihre Aufmerksamkeit auf die vielfältigen Formen der Politisierung, die das Thema der öffentlichen Auftragsvergabe zum Gegenstand öffentlicher(er) und kontroverserer Auseinandersetzungen gemacht haben und beleuchtet dabei, wie äußerer Druck und ‚innere' Dynamiken des politischen Wandels zusammenwirken.

Repolitisierung von ‚quiet politics' – am Beispiel öffentlicher Auftragsvergabe

Entscheidungen zur öffentlichen Auftragsvergabe verteilen sich über verschiedene der von Culpepper unterschiedenen Quadranten des ‚governance space'. Tariftreue- und Vergabegesetze haben qua Gesetzgebungsverfahren die größte Nähe zum Typus der ‚partisan politics', wohingegen vergabepraktische Entscheidungen, aber auch die Rechtsprechung eher dem Typus der ‚bureaucratic network negotiation' entsprechen, der durch formale Verfahren unter Beteiligung staatlicher Akteure (Gerichte, Verwaltungen), aber wenig öffentliche Aufmerksamkeit gekennzeichnet ist. Das Soft law in Form von Leitfäden und Best-Practice-Sammlungen zur Auftragsvergabe umfasst informelle Normen, die zum Teil auch von nicht-staatlichen Akteuren produziert werden, und lässt sich daher am ehesten dem Typus der ‚private interest governance' zuordnen. Damit nehmen solche Formen der Entscheidungsfindung, die Culpepper als anfällig für ‚quiet politics' sieht, in der Auftragsvergabe erheblichen Raum ein. Die Analyse dieser verschiedenen Arenen der Entscheidungsfindung verdeutlicht jedoch, dass und wie es über die verschiedenen Arenen hinweg zu einer Politisierung – im Sinne einer Infragestellung, Pluralisierung und Konkurrenz der dort produzierten Normen – kommt. Dabei greifen Impulse von außerhalb und innerhalb des politisch-administrativen Systems ineinander.

Bezogen auf die Vergabepraxis analysiert das Buch beispielweise, wie im beruflichen Rollenverständnis der zuständigen Verwaltungskräfte eine stärkere Ausrichtung am Leitbild des Staates als kundenfreundlicher ‚Guter Dienstleister' zu erkennen ist, das auch von außen, namentlich von Vertreter*innen der ‚Kund*innen' der staatlichen Dienstleistungen selbst an die Verwaltung herangetragen wird (s. Kap. 7 und 8). Auch das Soft law, also die externe Expertise, die sich mit dem Anspruch der Professionalisierung und professionellen Beratung der Vergabepraxis an diese richtet, ist ein Terrain, auf dem zahlreiche Akteure mit unterschiedlicher politischer Stoßrichtung aktiv sind; ihre Aktivitäten lassen sich daher als „politische Professionalisierung" bezeichnen (s. Kap. 6). Schließlich kann sich neben der Gesetzgebung auch die einschlägige Rechtsprechung einer Politisierung nicht entziehen (s. Kap. 4). Im Unterschied zu den ‚noisy politics' von Protestbewegungen oder Kampagnen populistischer Parteien kommen die Politisierungsprozesse in diesen Entscheidungsfeldern abseits der Gesetzgebung jedoch mitunter weniger lautstark daher und gewinnen auch erst

über einen längeren Zeitraum an Dynamik. Sie sind jedoch ein wichtiges Komplement zu den politischen Auseinandersetzungen in der Kernarena der repräsentativen Demokratie – ohne sie bleiben auch Reformen und neue Kompromisse auf gesetzlicher Ebene fragil und oberflächlich.

1.2 Kurzüberblick: Untersuchungsdesign und empirische Grundlage

Das Buch ist in zwei Teile untergliedert. Der erste Teil beleuchtet die Entwicklung von *Vergabepolitik*. Der zeitliche Schwerpunkt dieser Analyse liegt dabei auf dem Zeitraum von der jüngsten europäischen Vergaberechtsreform (2014) bis zum aktuellen Rand, greift aber zur Kontextualisierung dieser Entwicklungen historisch weiter zurück.

Die Analyse in diesem Teil stützt sich dabei auf eine relativ umfassende politik- und rechtswissenschaftliche Literatur, sowie die inhaltsanalytische Dokumentenanalyse (Hoffmann 2018) von ausgewählten Gesetzesdokumenten, Plenarprotokollen, Anhörungen, Gerichtsurteilen und Stellungnahmen von Interessenorganisationen. Ergänzend dazu haben wir 16 inhaltsanalytisch ausgewertete Expert*innen-Interviews (Mayring 2015) mit Personen geführt, die uns aufgrund ihrer beruflichen Position und Erfahrung Einblicke in die ‚Governance' öffentlicher Auftragsvergabe, also die Entwicklung der formellen Normen wie auch der informellen Normen und der begleitenden Debatten und Konflikte, gewähren konnten. Dies waren fachlich versierte Politiker*innen auf Landesebene (2), Vertreter*innen von Arbeitgeberverbänden (3) und Gewerkschaften (5), und von quasi-öffentlichen (5) sowie privatwirtschaftlichen (2) Beratungsorganisationen. Die Interviews mit den Beratungsorganisationen (z. B. Auftragsberatungsstellen, sogenannte ‚Kompetenzstellen' für die strategische Beschaffung, Vergaberechtskanzleien) flossen auch in die Analyse im zweiten Teil des Buches ein.

Der zweite Teil des Buchs widmet sich der *Vergabepraxis* und stellt den Schwerpunkt der eigenen empirischen Erhebung dar. Kernstück unserer Untersuchung bilden hier lokale Intensiv-Fallstudien, die wir im Zeitraum zwischen Januar 2017 und März 2020 in fünf Städten Deutschlands – sowohl im Norden und Süden als auch in westlichen und östlichen Landesteilen – durchgeführt haben. Dafür wurden neben der Analyse schriftlicher Vergabeunterlagen und

weiterer Dokumente zur lokalen Vergabepraxis über 60 Interviews mit Vertreter*innen von lokaler Politik und Verwaltung, lokalen Verbänden von Arbeitgebern und Gewerkschaften, beauftragten Firmen und deren Beschäftigten(-vertreter*innen), sowie weiteren Organisationen geführt, die örtlich oder regional in die Vergabepraxis involviert waren. Die Auswahlkriterien, nähere Informationen zu den ausgewählten Städten, sowie unsere genaue Vorgehensweise bei der Erhebung und Auswertung der qualitativen Daten werden in der Einleitung zu Teil 2 näher erläutert (s. Kap. 5).

Der Fokus liegt in diesem zweiten Teil auf zwei ausgewählten Wirtschaftssegmenten, nämlich der *Schulverpflegung* und den *Sicherheits-Dienstleistungen.* Die beiden Segmente weisen unterschiedlich stark fragmentierte und lückenhaften Interessenvertretungsstrukturen auf: Die Sicherheitsbranche verfügt nahezu flächendeckend über die organisatorischen Grundstrukturen für die kollektivvertragliche Normsetzung (tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) und vergleichsweise zentralisierte Tarifstrukturen, während beides im Bereich der Schulverpflegung weitgehend fehlt (s. ausführlich Abschn. 9.2) Dieses branchenvergleichende Untersuchungsdesign erlaubt uns daher, die Wechselwirkungen zwischen den branchenspezifischen Systemen industrieller Beziehungen und der Vergabepolitik zu studieren, und die oben formulierte Annahme zu überprüfen, dass sozialverantwortliche Auftragsvergabe die Schwachstellen der kollektivvertraglichen Arbeitsmarktregulierungen umso besser kompensieren kann, je stärker sie auf die Unterstützung durch die Akteure und Ressourcen des Systems industrieller Beziehungen zählen kann.

Was die Verallgemeinerbarkeit unserer Befunde aus diesen Fallstudien anbelangt, ist zu beachten, dass die Auftragsvergabeprozesse in größeren Städten wie den von uns ausgewählten (mindestens 200.000 Einwohner) nach den Einschätzungen vieler Expert*innen im Durchschnitt in höherem Maße professionalisiert sind und damit oftmals weiter fortgeschritten in der Implementation ‚strategischer' (ökologische, innovativer, sozialer) Beschaffungsziele. Die Fallstudien zeichnen somit ein Bild von Dynamiken, die sich unter vergleichsweise günstigen organisatorischen Bedingungen entfaltet haben, und an vielen Orten (noch) keine Realität ist.

Gleiches gilt für die finanziellen Rahmenbedingungen; auch sie waren vergleichsweise günstig für eine Auftragsvergabe, die sich nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis richtet. Denn die Haushaltssituation der untersuchten Kommunen spiegelte die generell günstige Entwicklung wider, die die Finanzen von Bund, Ländern und Kommunen in den Jahren vor der Corona-Pandemie geprägt haben (s. ausführlich Kap. 5). Es ist plausibel anzunehmen, dass sich die Einbrüche bei den Einnahmen der öffentlichen Haushalte und die enormen

Ausgabensteigerungen zur Bewältigung der Folgen der Corona-Pandemie eher bremsend auf die weitere Verbreitung und Intensivierung einer sozialverantwortlichen Auftragsvergabe auswirkt, insofern diese die Beschaffung zumindest in kurzfristiger, auf den einzelnen Haushaltstitel bezogenen Perspektive verteuert. Ein Automatismus ist dies aber nicht, da die zumindest vorübergehende Aufhebung der Schuldenbremse die finanziellen Spielräume von Bund, Ländern und Kommunen erweitert hat.

1.3 Gliederung und Kernbefunde des Buches

Der erste Teil des Buches widmet sich der gesetzlichen Entwicklung auf europäischer Ebene und in Deutschland. Hier geht es also um die Produktion der formellen Regeln (Gesetzgebung und Verordnungen), nach denen öffentliche Aufträge vergeben werden, und um die autoritative Ausdeutung dieser Regeln durch die Rechtsprechung. Letztere ist nicht nur für die Umsetzung der Gesetze von hoher Bedeutung, sondern nimmt auch in Gestalt der ‚juridischen Europäisierung' auf die Gesetzgebung selbst starken Einfluss.

Kernbefund dieses Teils ist, dass die Entwicklungsdynamik überwiegend der Variante institutionellen Wandels entspricht, für die in der Literatur der Begriff des „institutional layering" geprägt wurde (Kap. 2). Weder schiebt die Sozialpolitisierung im Sinne eines Paradigmenwechsels soziale und andere ‚vergabefremde' Zwecke an erste Stelle, noch beherrscht der ‚Schatten' des marktliberalen europäischen Fallrechts unverändert das Geschehen. Vielmehr ist es zu einer Doppelbewegung aus Vermarktlichung und Sozialpolitisierung gekommen. Die beiden Entwicklungslinien lösen einander nicht ab, sondern überlagern sich und bestehen bis heute nebeneinander her.

So zeigt die Untersuchung in Kap. 3, wie es einerseits ab Ende der 1980er Jahre zu einer Intensivierung von Marktprinzipien in Form einer Verdichtung und forcierten Durchsetzung von wettbewerbsschützenden Regeln kam. Diese Vermarktlichung erfolgt „im Modus der Verrechtlichung", also gestützt auf Verfahren, Akteure und Doktrine des Rechtssystems. Die verschiedenen Facetten dieser Entwicklung – etwa die Einführung neuer Regeln und Instanzen des Bieterschutzes, oder die regulative Expansion und Vervielfältigung von Detailregeln, welche die Entscheidungsspielräume von nationaler Politik und Vergabepraxis verringern – kommt einer Institutionalisierung und Quasi-Konstitutionalisierung des Wettbewerbsprinzips gleich, die in dieser Qualität neu ist.

Kap. 4 beleuchtet dann die zweite Entwicklungslinie und zeigt, dass Anfang der 1990er Jahre nahezu zeitgleich zum Beginn der Vermarktlichung auch das

Ringen um den Stellenwert sozialer und anderer ‚vergabefremder' Ziele eingesetzt hat. Diese Sozialpolitisierung erfolgte „im Modus der Politisierung" – also gestützt auf Verfahren, Akteure und Ziel-Programme des politischen Systems. Im Ergebnis öffnen die jüngsten Gesetzesreformen und Gerichtsurteile auf europäischer Ebene die öffentliche Auftragsvergabe mehr denn je für soziale Zwecke, heben den Konflikt zwischen Wettbewerbsschutz und sozialen Zielen allerdings nicht auf. Vielmehr ist es hier gewissermaßen zu einer Institutionalisierung des Nebeneinanders von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung gekommen. Wie beide Prinzipien ausbalanciert werden, hängt umso mehr von der Ausgestaltung von Gesetzen und Verwaltungspraxis auf der nationalen Ebene ab. Bereits in der Vergangenheit sind von nationaler und vor allem subnationaler Ebene zentrale Impulse für die Repolitisierung von Entscheidungen zur öffentlichen Auftragsvergabe ausgegangen, wie das Kapitel zeigt, und dies bleibt auch für die nähere Zukunft absehbar der Fall. Wesentlichen Anteil hatten daran die Wechselwirkungen der Vergabepolitik mit dem System der industriellen Beziehungen und einem übergreifenden Politikwandel, nämlich der Hybridisierung des deutschen Systems der Lohnfindung, also der staatlichen Stützung und Ergänzung kollektivvertraglich vereinbarter Tarifnormen. Um den vergabepolitischen Teil dieses Politikwandels zu verstehen, muss daher auch dieser erweiterte Kontext einbezogen werden. Von größter Bedeutung sind bis heute vor allem die Wechselwirkungen zwischen Vergabepolitik und den Entscheidungen und Konflikten zum staatlichen Mindestlohn sowie zur Stärkung der Tarifbindung. Besonders deutlich wird dies an einer zentralen politischen Innovation, den vergabespezifischen Mindestlöhnen: Neben ihrer unmittelbaren Schutzwirkung für den Bereich der öffentlichen Aufträge waren sie zunächst Vorreiter eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes, und wurden nach 2015 zum Vorreiter eines allgemeinen gesetzlichen ‚living wages', also eines armutsfeste(re)n Mindestlohns, wie er seit einiger Zeit sowohl auf nationaler Ebene, als auch auf europäischer Ebene diskutiert wird.

Die Institutionalisierung zweier widersprüchlicher Logiken in der Gesetzgebung ist auch eine prägende Rahmenbedingung für die aktuelle Vergabepraxis in Deutschland. Sie wird im zweiten Teil des Buchs näher beleuchtet.

Kap. 5 führt hier unsere analytische Perspektive des ‚street-level market making' ein. Dabei knüpfen wir an die soziologische Forschungslinie des ‚street-level-bureaucracy' (SLB)-Ansatzes an (Lipsky 1980), welche den Fokus auf die Denk- und Handlungsmuster von staatlichen Bediensteten im Umgang mit den Dilemmata oder Herausforderungen legt, die sich unter anderem aus uneindeutigen und zum Teil widersprüchlichen Zielvorgaben und eigenen professionellen

Standards ergeben. Mit diesen Handlungspraktiken gestalten staatliche Bedienstete in ihren täglichen Interaktionen mit Bürger*innen nach dem Verständnis des SLB-Ansatzes Politik wesentlich mit. In Analogie dazu leisten – dies fängt der Ausdruck des ‚street-level-market making' ein – Verwaltungskräfte, welche für die Vergabe öffentlicher Aufträge zuständig sind, in ihren Interaktionen mit Bietern einen Beitrag zur politischen Marktschaffung und -gestaltung. Der Fokus unserer Analyse liegt entsprechend auf dem gewandelten Aufgabenverständnis von Verwaltungskräften im Umgang mit vergabespezifischen Zielkonflikten und Herausforderungen. Unsere Analyse in diesem Kapitel schließt damit an eine Reihe von Studien zum beruflichen Ethos öffentlich Bediensteter unter dem Einfluss von Vermarktlichung oder ‚Ökonomisierung' an. Sie erweitert diese Perspektive aber, indem sie nach den Dilemmata und Handlungspraktiken fragt, die sich aus der skizzierten *Doppelbewegung* von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung ergeben.

Kap. 6 ist dabei zunächst ein Zwischenschritt und Verbindungsglied zwischen Vergabepolitik und Vergabepraxis: Es widmet sich den nicht-verbindlichen Deutungsangeboten, die auch im Gefolge der Doppelbewegung von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung stark ausgebaut wurden. Diese Deutungsangebote richten sich mit dem Anspruch an die Vergabepraxis, diese zu professionalisieren und so bei der Bewältigung der gestiegenen (und diversen) Ansprüche an die öffentliche Auftragsvergabe zu unterstützen. Berufsverbände der Vergabepraktiker*innen selbst spielen dabei keine so zentrale Rolle wie im Falle der klassischen Professionen des Gesundheits- und Sozialwesens. Vielmehr werden die professionellen Standards von einer Vielzahl auch externer Akteure mitentwickelt, die mit unterschiedlichen Interessen und politischer Stoßrichtung den Vergabepraktiker*innen ihre Expertise in Form von Leitbildern, Beratungen, Wissenssammlungen und Standards einer ‚guten' Auftragsvergabe andienen. Ihre Aktivitäten lassen sich daher als „politische Professionalisierung" bezeichnen. Einen politischen Charakter erhalten diese Tätigkeiten nicht zuletzt dadurch, dass hier auch externe Akteure des politischen Systems selbst an der Professionalisierung mitwirken, etwa die Europäische Kommission. Insbesondere im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen rücken mit den Normierungs-Bestrebungen des Arbeitgeberverbandes zudem Strategien der Einflussnahme durch die Produzenten der Dienstleistungen selbst in den Blick. Von verschiedenen Seiten und mit unterschiedlicher Akzentuierung werden dabei Versatzstücke eines dennoch halbwegs kohärenten neuen vergabespezifischen Leitbildes zusammengetragen, das ähnlich wie in anderen Teilen der öffentlichen Verwaltung auch die Gewährleistung guter öffentlicher Dienstleistungen zum Kern hat. (Leitbild ‚Guter Dienstleister').

Dieses ist weder mit einem ‚vermarktlichten' Leitbild (‚Hüter des Wettbewerbs') noch mit einem ‚sozialpolitisierten' Leitbild (‚Guter Auftraggeber') deckungsgleich, sondern liegt quer zu beiden.

Kap. 7 begibt sich dann auf empirische Spurensuche dieser verschiedenen Leitbilder in der Vergabepraxis der Kommunen. Hier steht die Frage im Vordergrund, inwieweit kommunale Vergabepraktiker*innen sich in ihren Werthaltungen an den verschiedenen Leitbildern orientieren; welchen Herausforderungen und Dilemmata sie sich dabei gegenüberstehen sehen. In den Interviews mit Verwaltungskräften zeichnet sich dabei ein recht deutlicher, branchen- und ortsübergreifender Trend ab, und zwar zugunsten einer stärkeren Gewichtung der Qualität der eingekauften Dienstleistungen, sowie weiterer Ziele, die sich auf das Wohl der Adressat*innen der Dienstleistungen beziehen. Das Leitbild des Staates als ‚Guter Dienstleister' scheint also auf dem Vormarsch – selbst in den beiden untersuchten Branchen, in denen lange Zeit nach einmütiger Einschätzung aller Befragten das billigste Angebot stets als wirtschaftlichstes Angebot galt und den Zuschlag erhielt. Folglich beziehen sich auch viele der wahrgenommenen Herausforderungen und Handlungsdilemmata in erster Linie auf Aspekte, die eine Steigerung der Dienstleistungsqualität erschweren. Die beiden anderen Leitbilder, die die Großtrends von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung widerspiegeln (‚Guter Auftraggeber' und ‚Hüter des Wettbewerbs') nehmen demgegenüber einen sekundären Platz im Wertekanon der Vergabepraktiker*innen ein, und werden in erster Linie funktional auf das primäre Leitbild bezogen: Sie gelten also insoweit als nützlich (bzw. schädlich), als sie die Gewährleistung von qualitativ guten Dienstleistungen unterstützen (bzw. dem entgegenstehen). Die Zielverschiebung zugunsten einer guten Qualität staatlicher Dienstleistungen ist damit für sich genommen weder Türöffner noch Hindernis für soziale Ziele.

Die drauffolgenden beiden Kapitel widmen sich dann den praktischen Handlungsstrategien der Kommunen in Interaktion mit den Bietern, aber auch mit Gewerkschaften, Wirtschaftsverbänden, Vertreter*innen der Nutzer öffentlicher Dienstleistung und weiteren zivilgesellschaftliche Akteuren, sowie Anbietern von externer Expertise. Um das Vorgehen der Behörden zu verstehen, ist es auch hier erforderlich, ihre Praktiken in Bezug auf soziale Kriterien nicht isoliert zu betrachten, sondern im Gesamtkontext. Konkret bedeutet dies zu fragen, wie sich Praktiken der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in den übergreifenden Wandel zugunsten einer höheren Qualität von Dienstleistungen einschreiben.

In Kap. 8 liegt der Fokus daher zunächst auf den Vorgehensweisen und Lernprozessen der Verwaltung in ihrem Bemühen, sich vom ‚Diktat des billigsten Preises' zu entfernen, sowie auf den Schwierigkeiten und Gelingensbedingungen für diese Lernprozesse. Eine zentrale Herausforderung ist dabei der Umgang mit

der Ressource Recht. Die untersuchten Kommunen haben ihre Vergabeprozesse zwar in der jüngeren Zeit mit dem Ziel der Professionalisierung reorganisiert. Die weiterhin dynamische Gesetzesentwicklung und Rechtsprechung und der damit verbundene chronisch unvollständige Charakter vergaberechtlicher Expertise tragen aber dazu bei, dass das Handeln unter (v. a. Rechts-)Unsicherheit dennoch ein zentrales Merkmal von Entscheidungsprozessen in der Vergabepraxis bleibt. Zugleich setzen, auch gestützt durch die neuen Verfahren des Bieterschutzes, die institutionellen Strukturen für das Verwaltungspersonal starke Anreize, sich am alten Prinzip der Rechtskonformität zu orientieren. In diesem Spannungsfeld aus Rechtskonformität und Rechtsunsicherheit entwickeln die Akteure unterschiedliche grundsätzliche Herangehensweisen, wie sie sich neue Entscheidungsspielräume zugunsten einer Vergabe nach Qualitätsgesichtspunkten erschließen. Neben einem vergaberechtlichen ‚Perfektionismus' dokumentieren die Fallstudien auch verschiedene Varianten einer ‚pragmatischen' Herangehensweise, bei der Handlungsblockaden durch fehlertolerantes Experimentieren auch an der Grenze des vergaberechtlich Zulässigen überwunden werden. Insgesamt veranschaulichen die Fallstudien so eine relativ große Bandbreite an Verfahrensinnovationen, mit denen der Preiswettbewerb eingeschränkt wird. Die Kommunen nehmen dabei nicht selten vergaberechtliche Risiken in Kauf und wenden erhebliche Ressourcen und Kreativität auf, um Dilemmata und Herausforderungen zu lösen, die die ‚neoliberale Bürokratisierung' in Gestalt wettbewerbsschützender Detailregeln ihnen stellt. Zum Teil wird dies auch durch eine Politisierung von vergabepraktischen Entscheidungen begleitet und begünstigt, also eine Öffnung für die Mitwirkung verwaltungsexterner Akteure, die bislang typischerweise nicht in die Detailsteuerung der Auftragsvergabe involviert waren. Im Unterschied zu den in Deutschland traditionell viel genutzten korporatistischen Beteiligungsformen spielen die Sozialpartner in diesen neuen teilöffentlichen Entscheidungsarenen aber eine untergeordnete Rolle; in erster Linie erhält hier die Stimme der *Klient*innen* der Dienstleistung stärkeres Gewicht, weniger die der *Produzenten* (Unternehmen, Sozialpartner).

Kap. 9 untersucht schließlich vor dem Hintergrund dieser normativen und praktischen Neuausrichtung der Auftragsvergabe am Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' die Aushandlungs- und Lernprozesse zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe. Dazu erweitert das Kapitel den Blickwinkel: Während bislang vor allem die kommunale Politik und Verwaltung im Fokus standen, werden nun auch die nichtstaatlichen Akteure stärker einbezogen, die in Deutschland traditionell eine wichtige Rolle bei der Aushandlung und Durchsetzung von Löhnen und weiteren Arbeitsstandards spielen, nämlich Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie Einzelunternehmen. Hier stehen nun also die Interaktionen

und Wechselwirkungen zwischen den alten Arenen industrieller Beziehungen und dem neuem ‚Experimentierraum' im Zentrum. Als zentrale Stellschrauben in diesem ‚Experimentierraum' analysiert das Kapitel die Lern –und Aushandlungsprozesse zu geeigneten Maßnahmen der Durchsetzung und Kontrolle der extern gesetzten Lohnstandards (Tariflöhne, Vergabe-Mindestlöhne) sowie zur Ermittlung angemessener Preise (als eine Form der indirekten Lohnsetzung), und zu weiteren Auflagen zu Arbeitsbedingungen bei den beauftragten Firmen. Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass die qualitative Wende in der Auftragsvergabe auch die sozialverantwortliche Auftragsvergabe partiell begünstigt – nicht im Sinne eines Automatismus, sondern in Verbindung mit weiteren Dynamiken. Die grundsätzliche Öffnung für verwaltungsexterne Akteure können auch die Sozialpartner sowie andere staatliche und nicht-staatliche Akteure zum Teil nutzen, um arbeitsbezogene Standards in konkreten Vergabeverfahren zu verankern. Zudem erscheint die unterschiedlich stark ausgeprägte Überzeugung in Fachämtern und Vergabestellen, dass die Berücksichtigung arbeitsbezogener Kriterien letztlich der Qualität der Dienstleistung nützt, ein wichtiger Faktor, um Unterschiede zwischen einzelnen Fallstudien und zwischen den beiden Branchen zu verstehen. Das Primat der Qualität kann bisweilen aber auch als Bremse für ambitioniertere Bemühungen um angemessene Arbeitsbedingungen wirken; Spannungsverhältnissen zwischen den Interessen von Nutzer*innen und Beschäftigten – etwa, wenn es um den Preis des Schulessens geht – gehen eher zu Lasten der Beschäftigten aus. In vergleichender Perspektive kontrastieren die zum Teil sehr innovativen und aufwendigen Herangehensweisen bei der qualitätsorientierten Reorganisation der Auftragsvergabe zudem insgesamt mit deutlich schwächer ausgeprägten Aktivitäten der Verwaltung in Bezug auf arbeitsbezogene Standards.

Dies spiegelt aber nicht nur eher schwache Anreize für eine sozialverantwortliche Auftragsvergabe aus dem politisch-administrativen System wider, sondern auch schwache Anreize und Verstärkungseffekte aus der Systemumwelt, in diesem Fall aus dem System der industriellen Beziehungen. Unsere Analyse der detaillierten kommunalen Praktiken und Strategien der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in diesem Kapitel bestätigt tendenziell die Annahme eines *komplementären* Verhältnisses von Auftragsvergabe und kollektiver Selbstregulierung. Neigungen und Fähigkeiten kommunaler Akteure zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe hängen also wenigstens auch von den Impulsen und Handlungskapazitäten auf Seiten der Akteure der industriellen Beziehungen ab. Die in beiden Branchen fragmentierten und antagonistischen Beziehungen werfen hier auch ihre Schatten für die vergabespezifischen Strategien der verbandlichen Akteure. Dies gilt etwa im Hinblick auf die geringen infrastrukturellen Ressourcen (Zeit und Personal), die insbesondere den Gewerkschaften enge Grenzen

setzen, sich in die Ausgestaltung von Vergabeprozessen einzubringen. Es gilt zudem auch im Hinblick auf die Tarifnormen: Wo diese existieren, wie in der Sicherheitsbranche, können sie auch einen Bezugspunkt für die Bemühungen der Akteure um deren Anwendung und Kontrolle bilden. Schließlich gilt dies auch im Hinblick auf die schwach ausgeprägten (Schulverpflegung) bzw. von Konflikten geprägten Kulturen der Kooperation zwischen den Parteien. Trotz faktischer Interessenüberschneidungen verfolgen die Akteure daher weitgehend getrennte und nicht-koordinierte Strategien. Insgesamt legt ein Grundgerüst an kollektiver Selbstregulierung in der Sicherheitsbranche im Vergleich zum Schulcatering auch eine bessere Basis für kommunale Strategien der vergabespezifischen Arbeitsregulierung. Im Schulcatering hingegen fehlt diese Basis. Hier drohen solche kommunalen Strategien, wo sie existieren, in ihrer Wirkung zu verpuffen oder jedenfalls abgeschwächt zu werden.

Kap. 10 schließlich fasst die Befunde zusammen und diskutiert Potenziale und Grenzen der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe sowie Gestaltungsoptionen und Alternativen. Zudem zieht es Schlussfolgerungen aus diesem Lehrstück für die übergreifende Debatte zur Vermarktlichung und greift dabei insbesondere die Frage nach dem Stellenwert, den Erscheinungsformen und Entwicklungsdynamiken real existierender, *nicht-neoliberaler* Politik und Praxis auf.

Literatur

Atzmüller, R., Aulenbacher, B., Brand, U., Décieux, F., Fischer, K. & Sauer, B. (Hrsg.). (2019). *Capitalism in Transformation. Movements and Countermovements in the 21st Century*. Cheltenham: Edward Elgar.

Beaumont, P.B. (1992): Public sector industrial relations. London: Routledge.

Becker, K. & Dörre, K. (2019). Völkisch populism: a Polanyian-type movement? In R. Atzmüller, B. Aulenbacher, U. Brand, F. Décieux, K. Fischer & B. Sauer (Hrsg.), *Capitalism in Transformation. Movements and Countermovements in the 21st Century* (S. 152–168). Cheltenham: Edward Elgar.

Bevir, M. (2016). Governmentality after neoliberalism. In M. Bevir (Hrsg.), *Governmentality after Neoliberalism* (S. 1–15). Florence: Routledge.

Bevir, M. & McKee, K. (2016). Governance jenseits des Neoliberalismus in Großbritannien. In T. Biebricher (Hrsg.), *Der Staat des Neoliberalismus* (S. 207–236). Nomos.

Biebricher, T. (2015). Neoliberalism and Democracy. *Constellations*, *22*(2), 255–266.

Biebricher, T. (2016). Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment. *German Law Journal*, *17*(5), 835–856.

Block, F. L. & Somers, M. R. (2014). *The power of market fundamentalism. Karl Polanyi's critique*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press.

Blühdorn, I. & Deflorian, M. (2021). Politicisation beyond post-politics: new social activism and the reconfiguration of political discourse. *Social Movement Studies* 20 (3), S. 259–275.

Bohle, D. & Regan, A. (2021). The Comparative Political Economy of Growth Models: Explaining the Continuity of FDI-Led Growth in Ireland and Hungary. *Politics & Society*, *49*(1), 75–106.

Brand, U., Görg, C. & Wissen, M. (2019). Contested social-ecological transformation: shortcomings of current debates and Polanyian perspectives. In R. Atzmüller, B. Aulenbacher, U. Brand, F. Décieux, K. Fischer & B. Sauer (Hrsg.), *Capitalism in Transformation. Movements and Countermovements in the 21st Century* (S. 184–197). Cheltenham: Edward Elgar.

Brenner, N. & Theodore, N. (2002). Cities and the Geographies of "Actually Existing Neoliberalism". *Antipode*, *34*(3), 349–379.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie [BMWi] (2021). Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021. Berlin

Buğra, A. (2019). Political Islam as reactionary countermovement. In R. Atzmüller, B. Aulenbacher, U. Brand, F. Décieux, K. Fischer & B. Sauer (Hrsg.), *Capitalism in Transformation. Movements and Countermovements in the 21st Century* (S. 119–134). Cheltenham: Edward Elgar.

Clarke, A., Cheshire, L. & Parsell, C. (2020). Bureaucratic encounters "after neoliberalism": Examining the supportive turn in social housing governance. *The British Journal of Sociology*, *71*(2), 253–268.

Crouch, C. (2004). *Post-Democracy* (Repr). Cambridge: Polity Press.

Crouch, C. (2011). *Über das befremdliche Überleben des Neoliberalismus. Postdemokratie II* (F. Jakubzik, Übers.) Berlin: Suhrkamp.

Culpepper, P. D. (2011). *Quiet politics and business power. Corporate control in Europe and Japan.* Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.

Culpepper, P. D. (2016). Capitalism, Institutions, and Power in the Study of Business. In O. Fioretos, T. G. Falleti & A. Sheingate (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism* (S. 453–466). Oxford University Press.

Culpepper, P. D. (2021). Quiet Politics in Tumultuous Times: Business Power, Populism, and Democracy. *Politics & Society*, *49*(1), 133–143.

Doellgast, V., Lillie, N. & Pulignano, V. (Hrsg.). (2018), First edition. *Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Dörre, K. (2009). Die neue Landnahme. Dynamiken und Grenzen des Finanzmarktkapitalismus. In K. Dörre, S. Lessenich & H. Rosa (Hrsg.), *Soziologie – Kapitalismus – Kritik. Eine Debatte* (S. 21–86). Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Duncan, K. & Ormiston, R. (2019). What Does the Research Tell Us about Prevailing Wage Laws? *Labor Studies Journal*, *44*(2), 139–160.

Emmenegger, P., Häusermann, S., Palier, B. & Seeleib-Kaiser, M. (Hrsg.). (2012). *The age of dualization. The changing face of inequality in deindustrializing societies*. Oxford: Oxford University Press.

Emmenegger, P. & Marx, P. (2019). The Politics of Inequality as Organised Spectacle: Why the Swiss Do Not Want to Tax the Rich. *New Political Economy*, *24*(1), 103–124.

Erne, R. (2015). European Economic Governance. Auf dem Weg zu einer erzwungenen Integration nationaler Arbeitsbeziehungen? In S. Pernicka (Hrsg.), *Horizontale Europäisierung im Feld der Arbeitsbeziehungen* (S. 182–200). Wiesbaden: Springer VS.

Fligstein, N. (1996). Markets as Politics: A Political-Cultural Approach to Market Institutions. *American Sociological Review*, *61*(4), 656–673.

Fligstein, N. (2011). *Die Architektur der Märkte.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Fraser, N. (2013). A triple movement. Parsing the politics of crisis after Polanyi. *New Left Review : NLR*, *81 (2013)*, 119–132.

Gallie, D. (2007). Production Regimes, Employment Regimes, and the Quality of Work. In D. Gallie (Ed.), *Employment regimes and the quality of work* (S. 1–34). Oxford: Oxford University Press.

Gill, S. (2002). Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations. *International Studies Review*, *4*(2), 47–65.

Gimpel, H., Jennings, N. R., Kersten, G. E., Ockenfels, A. & Weinhardt, C. (Hrsg.). (2008). *Negotiation, Auctions, and Market Engineering*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.

Gottschall, K. (2009). Der Staat und seine Diener. Metamorphosen eines wohlfahrtsstaatlichen Beschäftigungsmodells. In H. Obinger & E. Rieger (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatlichkeit in entwickelten Demokratien. Herausforderungen, Reformen und Perspektiven* (S. 461–491). Frankfurt am Main: Campus.

Grabe, L., Pfeuffer, A. & Vogel, B. (2012). „Ein wenig erforschter Kontinent"? Perspektiven einer Soziologie öffentlicher Dienstleistungen. *Arbeits- und Industriesoziologische Studien*, *5*(2), 35–53.

Greer, I., Breidahl, K. N., Knuth, M. & Larsen, F. (2017). The marketization of employment services. The dilemmas of Europe's work-first welfare states (First edition). Oxford, UK: Oxford University Press.

Greer, I. & Umney, C. (2022, forthcoming). Marketization. How capitalist exchange disciplines workers and subverts democracy. London: Zed books.

Grimshaw, D., Rubery, J., Anxo, D., Bacache-Beauvallet, M., Neumann, L. & Weinkopf, C. (2015). Outsourcing of public services in Europe and segmentation effects: The influence of labour market factors. *European Journal of Industrial Relations*, *21*(4), 295–313.

Haipeter, T., Latniak, E. & Lehndorff, S. (Hrsg.). (2016). *Arbeit und Arbeitsregulierung im Finanzmarktkapitalismus. Chancen und Grenzen eines soziologischen Analysekonzepts.* Wiesbaden: Springer VS.

Hassel, A. & Palier, B. (Hrsg.). (2021). *Growth and welfare in advanced capitalist economies. How have growth regimes evolved?* Oxford: Oxford University Press.

Hermann, C. & Flecker, J. (Hrsg.). (2012). *Privatization of public services. Impacts for employment, working conditions, and service quality in Europe.* London: Routledge.

Hibou, B. (2015). *The Bureaucratization of the World in the Neoliberal Era.* New York: Palgrave Macmillan.

Hoffmann, N. (2018). *Dokumentenanalyse in der Bildungs- und Sozialforschung. Überblick und Howe, J. & Landau, I. (2009). Using Public Procurement to Promote Better Labour Standards in Australia: A Case Study of Responsive Regulatory Design. Journal of Industrial Relations, 51(4), 575–589.*

Howe, J. & Landau, I. (2009). Using Public Procurement to Promote Better Labour Standards in Australia: A Case Study of Responsive Regulatory Design. *Journal of Industrial Relations*, *51*(4), 575–589.

Jaehrling, K., Finnestrand, H. O., Kirov, V. & Torvatn, H. (2015). The (In)Visible Third Party:. De- and Re-regulation of Working Conditions through Public Procurement. In U. Holtgrewe, V. Kirov & M. Ramioul (Hrsg.), *Hard Work in New Jobs. The Quality of Work and Life in European Growth Sectors.* Basingstoke.

Jaehrling, K. (2015). Öffentliche Auftragsvergabe – eine neue Arena der industriellen Beziehungen? Konzeptionelle Überlegungen und erste empirische Befunde. *Industrielle Beziehungen*, *22*(3-4), 325–344.

Kannankulam, J. (2019). Das Staatsprojekt Europa in der Krise. Zur Aktualität des Autoritären Etatismus im Kontext der Finanz- und „Eurokrise“. In D. Keil & J. Wissel (Hrsg.), *Staatsprojekt Europa* (S. 81–96). Nomos.

Knuth, M. (2018). Vermarktlichung von Arbeitsmarktdienstleistungen als Legitimationsbeschaffung. In R. Dobischat, A. Elias & A. Rosendahl (Hrsg.), *Das Personal in der Weiterbildung* (Bd. 52, S. 345–376). Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.

Larner, W. & Craig, D. (2005). After Neoliberalism? Community Activism and Local Partnerships in Aotearoa New Zealand. *Antipode*, *37*(3), 402–424.

Lehndorff, S. (Hrsg.). (2014). *Der Triumpf gescheiterter Ideen in Europa – revisited. Zehn Länderstudien.* Hamburg: VSA.

Leitner, H., Peck, J. & Sheppard, E. S. (2007). *Contesting neoliberalism. Urban frontiers.* New York: Guilford Press.

Lessenich, S. (2014). Was, wenn es viel mehr Positives gäbe? *Zeitschrift für Theoretische Soziologie*, *3*(1), 114–122.

Lessenich, S. (2020). Doppelmoral hält besser: Die Politik mit der Solidarität in der Externalisierungsgesellschaft. *Berliner journal fur Soziologie*, *30*(1), 113–130.

Lévesque, C. & Murray, G. (2010). Understanding Union Power: Resources and Capabilities for Renewing Union Capacity. *Transfer*, *16*(3), 333–350.

Lipsky, M. (1980). *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services.* New York: Russell Sage Foundation.

Majone, G. (1997). From the positive to the regulatory state. Causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of Public Policy*, *17*(2), 139–167.

Majone, G. (2011). The transformations of the regulatory state. In L. Leisering (Hrsg.), *The new regulatory state: regulating pensions in Germany and the UK* (pp. 31–56). Basingstoke [u.a.]: Palgrave Macmillan.

Mayring, P. (2015). *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken.* Weinheim: Beltz.

McCrudden, C. (2012). Procurement and Fairness in the Workplace. In L. Dickens (Hrsg.), *Making Employment Rights Effective. Issues of Enforcement and Compliance.* Oxford.

Mirowski, P. (2015). *Untote leben länger. Warum der Neoliberalismus nach der Krise noch stärker ist* (F. Kurz, Übers.). Berlin: Matthes & Seitz.

Mirowski, P. & Plehwe, D. (2009). *The road from Mont Pèlerin. The making of the neoliberal thought collective.* Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Morgan, G. & Ibsen, C. L. (2021). Quiet Politics and the Power of Business: New Perspectives in an Era of Noisy Politics. *Politics & Society*, *49*(1), 3–16.

Mori, A. (2020). *Employment relations in outsourced public services. Working between market and state.* Cham: Palgrave Macmillan.

Murray, G., Lévesque, C., Morgan, G. & Roby, N. (2020). Disruption and re-regulation in work and employment: from organisational to institutional experimentation. Transfer: European Review of Labour and Research, 26(2), 135–156.

Nik-Khah, E. & Mirowski, P. (2019). On going the market one better: economic market design and the contradictions of building markets for public purposes. *Economy and Society*, *48*(2), 268–294.

Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] (2021). *Government at a Glance 2021*. Paris: OECD Publishing.

Oberndorfer, L. (2016). Der neue Konstitutionalismus in der Europäischen Union und seine autoritäre Re-Konfiguration. In H.-J. Bieling & M. Große Hüttmann (Hrsg.), *Europäische Staatlichkeit* (Bd. 12, S. 177–200). Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.

Peck, J. & Tickell, A. (2002). Neoliberalizing Space. *Antipode*, *34*(3), 380–404.

Peck, J. (2008). Remaking laissez-faire. *Progress in Human Geography*, *32*(1), 3–43.

Peck, J. (2013). Explaining (with) Neoliberalism. *Territory, Politics, Governance*, *1*(2), 132–157.

Polanyi, K. (2015 [1944]). *The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*. Berlin: Suhrkamp.

Ravenswood, K. & Kaine, S. (2015). The role of government in influencing labour conditions through the procurement of services: Some political challenges. *Journal of Industrial Relations*, *57*(4), 544–562.

Roth, A. E. (2002). The Economist as Engineer: Game Theory, Experimentation, and Computation as. *Econometrica*, *70*(4), 1341–1378.

Sack, D. & Sarter, E. K. (2016). Der Europäische Gerichtshof und die deutschen Bundesländer – Sozialpolitisierung und Rechtsunsicherheit im europäisierten Föderalismus. In B. Rehder & I. Schneider (Hrsg.), *Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa* (S. 343–366). Baden-Baden: Nomos.

Sack, D., Schulten, T., Sarter, K. & Böhlke, N. (2016). Öffentliche Auftragsvergabe in Deutschland. Sozial und nachhaltig? Baden-Baden.

Schimank, U. & Volkmann, U. (2017). *Das Regime der Konkurrenz. Gesellschaftliche Ökonomisierungsdynamiken heute* (1. Auflage). Weinheim: Beltz Juventa.

Schmalz, S. & Dörre, K. (Hrsg.). (2013). *Comeback der Gewerkschaften? Machtressourcen, innovative Praktiken, internationale Perspektiven*. Frankfurt [u. a.]: Campus.

Schulten, T., Alsos, K., Burgess, P. & Pedersen, K. (2012). *Pay and other social clauses in European public pro-curement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom*. Düsseldorf: European Federation of Public Service Unions.

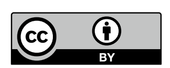
Schuppert, G. F. (2005). *Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand*. Baden-Baden: Nomos.

Seikel, D. (2014). Daniel Seikel Nationale Anpassungsstrategien an das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes. Europäisierung durch Richterrecht und innenpolitische Veto-Positionen. *WSI-Diskussionspapier*, *189*.

Semple, A. (2018). *Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making?* Doctoral Thesis. University of London, Birkbeck College.

Slobodian, Q. (2019). Globalisten. Das Ende der Imperien und die Geburt des Neoliberalismus. Berlin: Suhrkamp.

Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, 2(1), 3-21.
Streeck, W. (2009). *Re-forming capitalism. Institutional change in the German political economy* (First publ. as paperback). Oxford: Oxford Univ. Press.
Streeck, W. (2011). Taking capitalism seriously: towards an institutionalist approach to contemporary political economy. *Socio-Economic Review*, *9*(1), 137–167.
Streeck, W. (2014). Replik. *Zeitschrift für Theoretische Soziologie*, *3*(1), 147–166.
Streeck, W. (2021). *Zwischen Globalismus und Demokratie. Politische Ökonomie im ausgehenden Neoliberalismus.* Berlin: Suhrkamp.
Thelen, K. (2014). *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity.* Cambridge: Cambridge University Press.
Thompson, P. (2013). Financialization and the workplace: extending and applying the disconnected capitalism thesis. *Work, Employment and Society*, 27(3), 472–488.
Van der Pijl, K. & Yurchenko, Y. (2014). Neoliberal entrenchment of North Atlantic capital. From corporate self-regulation to state capture. *New Political Economy*, *20*(4), 495–517.
Vrangbæk, K., Petersen, O. H. & Hjelmar, U. (2015). Is Contracting Out Good or Bad for Employees? A Review of International Experience. *Review of Public Personnel Administration*, *35*(1), 3–23.
Windolf, P. (Hrsg.). (2005). *Finanzmarkt-Kapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.



Teil I

Vergabepolitik



2 Einführung: Vergaberechtsreformen: Paradigmenwechsel, ‚langer Schatten' marktliberaler Rechtsprechung oder ‚institutional layering'?

Die umfassende Vergaberechtsmodernisierung, die durch die reformierten europäischen Vergaberechtsrichtlinien aus dem Jahr 2014 in vielen europäischen Ländern eingeleitet wurde, kann als Meilenstein in der Politisierung der öffentlichen Auftragsvergabe bezeichnet werden. Wie bei keiner anderen Vergaberechtsreform zuvor waren die Entscheidungsprozesse sowohl auf europäischer Ebene als auch in Deutschland durch hohe öffentliche Aufmerksamkeit und eine breite Beteiligung von politischen und gesellschaftlichen Akteuren begleitet. Das Ergebnis der Vergaberechtsmodernisierung wird allerdings von den beteiligten Akteuren wie auch in der Literatur recht unterschiedlich gewürdigt. Dokumentiert die Reform einen ‚Paradigmenwechsel' zugunsten der sozial verantwortlichen Auftragsvergabe? Oder dominiert auch hier letzten Endes der „lange Schatten" der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Schmidt 2018), der im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe mit dem sogenannten ‚Rüffert'-Urteil von 2008 der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe deutliche Grenzen setzte?

Um dies zu klären, bedarf es im Folgenden eines Rückblicks, der deutlich vor der jüngsten Vergaberechtsmodernisierung einsetzt. Dabei sind nicht nur die Entwicklungen im neu entstandenen Politikfeld der Vergabepolitik zu beleuchten. Diese stehen vielmehr in engem Zusammenhang mit der Entwicklung der Lohnsetzung und der Vielzahl von Akteuren und Entscheidungsprozessen, die darauf Einfluss nehmen. Dazu zählen allen voran die tarifpolitischen Auseinandersetzungen, aber auch die politische Regulierung der transnationalen Arbeitsmigration innerhalb der EU (Entsendungen) und schließlich die Ausweitung staatlicher Mindestlöhne in Deutschland. Dieser erste Teil des Buchs beleuchtet daher diese Verschränkungen der Vergabepolitik mit dem System der industriellen Beziehungen und der Regulierung von Arbeitsmärkten.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung*,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_2

Die Analyse verdeutlicht, dass die Gesetzesentwicklung auf europäischer und nationaler Ebene in Deutschland sich als Doppelbewegung aus „Sozialpolitisierung“ (Sack und Sarter 2016) und Vermarktlichung kennzeichnen lässt. Die beiden Entwicklungslinien lösen einander nicht ab, sondern überlagern sich eher und bestehen bis heute nebeneinander her. Die Entwicklungsdynamik entspricht insofern überwiegend der Variante institutionellen Wandels, die vom historisch-institutionalistischen Ansatz als „institutional layering“ (Schickler 2001; Thelen 2004) bezeichnet worden ist. Der historisch-institutionalistische Ansatz erklärt institutionellen Wandel generell zum erheblichen Teil damit, dass Akteure mit widerstreitenden Interessen selbst in Phasen vermeintlicher Stabilität beständig um die Ausgestaltung von Regeln ringen und sich dabei je nach Kräfteverhältnissen über die Zeit auch kleinere, inkrementelle Anpassungen zu einem grundlegenden Bruch mit vorherigen Zielen und Verteilungswirkungen summieren können. Neben den Konflikten um Erhalt und Modifizierung der Regelungen selbst misst der Ansatz auch den Konflikten um die Auslegung und *Durchsetzung* von Regeln hohe Bedeutung zu (Streeck und Thelen 2005; Mahoney und Thelen 2010); auch diese haben für sich genommen wichtige Verteilungswirkungen und können für die Weiterentwicklung von Institutionen folgenreich sein. Bei der Variante des ‚institutional layering‘ münden diese beständigen Konflikte um Regeln und Regelauslegung in ein Nebeneinander zum Teil widersprüchlicher Logiken. Den widerstreitenden Interessen gelingt es zwar im Zeitverlauf, bestehenden Regeln ihren Stempel aufzudrücken. Sie besitzen aber jeweils nicht genügend Einfluss, um die bestehenden Regeln umfassend zu ersetzen oder umgekehrt gegen substantielle Anpassungen zu verteidigen.

In Einklang mit dieser diese Perspektive liegt der Blick im Folgenden nicht nur auf den Regelungsinhalten, sondern auch auf den Macht- und Interessen-Konstellationen, die im Falle der Vergabepolitik zur Doppelbewegung von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung geführt haben – welchen Einfluss hatten dabei verschiedene Akteure auf europäischer und nationaler Ebene. Darüberhinaus lenkt diese Perspektive den Blick auf die *Auslegung* von Regelungen; im Falle der öffentlichen Auftragsvergabe ist dabei die einschlägige Rechtsprechung von hoher Bedeutung, also die autoritative Ausdeutung der Gesetze (s. v. a. Kap. 3 und 4). Die nicht-verbindlichen Deutungsangebote, die durch das begleitende Soft law transportiert werden, werden hingegen im zweiten Teil des Buchs beleuchtet (s. Kap. 6).

Literatur

Mahoney, J. & Thelen, K. A. (2010). A theory of gradual institutional change. In J. Mahoney & K. A. Thelen (Hrsg), *Explaining institutional change. Ambiguity, agency, and power* (S. 1–37). Cambridge: Cambridge University Press.

Sack, D. & Sarter, E. K. (2016). Der Europäische Gerichtshof und die deutschen Bundesländer – Sozialpolitisierung und Rechtsunsicherheit im europäisierten Föderalismus. In B. Rehder & I. Schneider (Hrsg.), *Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa* (S. 343–366). Baden-Baden: Nomos.

Schickler, E. (2001). *Disjointed pluralism. Institutional innovation and the development of the U.S. Congress.* Princeton, N.J: Princeton University Press.

Schmidt, S. K. (2018). *The European Court of Justice and the policy process. The shadow of case law* (First edition). Oxford: Oxford University Press.

Streeck, W. & Thelen, K. A. (Hrsg.). (2005). *Beyond continuity. Institutional change in advanced political economies.* Oxford: Oxford University Press.

Thelen, K. A. (2004). *How institutions evolve. The political economy of skills in Germany, Britain, the United States, and Japan.* Cambridge: Cambridge University Press.



3 Architektur der Vermarktlichung: Die Institutionalisierung und Konstitutionalisierung des Wettbewerbsprinzips

Die These, dass die Art und Weise, *wie* öffentliche Aufträge vergeben werden, im Laufe der vergangenen zwei Jahrzehnte stärker ‚vermarktlicht' worden ist, mag auf den ersten Blick überraschen. Schließlich ist die Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmen per se eine marktförmige Transaktion: Der Staat schließt mit dem Unternehmen einen privatrechtlichen Kaufvertrag über eine bestimmte Leistung und zahlt dafür einen Preis, der marktgängig sein soll, der sich also nicht von anderen Transaktionen zwischen dem Unternehmen und privaten Käufern der gleichen Leistung unterscheiden soll.[1] Wie lassen sich in dieser Konstellation also Marktprinzipien weiter intensivieren?

Im Wesentlichen vollzog sich dies durch zwei Entwicklungen, die im weiteren Verlauf dieses Abschnitts näher erläutert werden sollen: formal durch eine *Verrechtlichung* der Auftragsvergabe, inhaltlich durch eine *Zielverschiebung* in Richtung des Wettbewerbsschutzes. Ein wichtiger Motor für beide Entwicklungen war dabei die Europäisierung des Vergaberechts. Beide Entwicklungen sind eng miteinander verbunden. Denn die Verrechtlichung stützt die Zielverschiebung in Richtung des Wettbewerbsschutzes; die Vermarktlichung erfolgt also gewissermaßen *im Modus der Verrechtlichung.* Vier verschiedene Facetten der wettbewerbs-intensivierenden Verrechtlichung lassen sich dabei unterscheiden:

- *Wettbewerbsrecht anstelle von Haushaltsrecht und korporatistischer Steuerung:* Erstens die Schaffung einer formal-gesetzlichen Grundlage mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 1999. Dadurch wurde das Vergaberecht zugleich in einen anderen rechtlichen Kontext eingebettet als

[1] Als ein solches privatrechtliche Tauschverhältnis wurde der Akt der Auftragsvergabe jedenfalls in der deutschen Rechtstradition konzipiert, während er in anderen Ländern zum Teil als hoheitlicher Akt konzipiert ist (Forsthoff 1963, S. 31; Grau 2004, S. 173).

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_3

zuvor, nämlich in das Wettbewerbsrecht anstelle des Haushaltsrechts. Zudem wurden dadurch die Elemente korporatistischer Steuerung im Vergaberecht, also der Einbezug organisierter Interessen bei der Formulierung politischer Entscheidungen, beschränkt (s. Abschn. 3.1 und 3.2).

- *Rechtsschutz für Bieter:* Zweitens die Einführung eines Rechtsschutzes für Bieter, der deren individuelle Verhandlungsposition stärkt und die Gestaltungsfreiheit von Verordnungsgebern und öffentlichen Auftraggebern beschränkt – zunächst insbesondere mit dem Ziel, den Marktzugang ausländischer Bieter zu erleichtern (s. Abschn. 3.2).
- *Neue Akteure und Verfahren des Konfliktaustrags:* In Verbindung damit treten drittens neue Akteure (Vergabekammern, Gerichte) und Verfahren des Rechtssystems hinzu, die über die Anwendung der europäischen und nationalen Normen wachen, und über die Auslegung dieser Normen mitbestimmen (s. Abschn. 3.3).
- *Regulative Expansion, Verdichtung und ‚Kolonialisierung*‘: Viertens schließlich ist eine wichtige Facette der Verrechtlichung auch die Expansion und zunehmende Dichte an spezifischen verfahrensrechtlichen Regelungen. Sie haben zugunsten des Wettbewerbsschutzes Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts sukzessive beschränkt (Expansion), Ermessensspielräume in der Vergabepraxis eingeschränkt (Verdichtung), und die Geltung der Regelungen auch über den gesetzlich vorgesehenen Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt (‚Kolonialisierung‘) (s. Abschn. 3.4 und 3.5).

Diese Entwicklungen haben in der Summe eine Zielverschiebung zugunsten des Wettbewerbsprinzips bewirkt (s. Abschn. 3.5). Insgesamt lässt sich diese Entwicklung in ihrem Kern als *Institutionalisierung und Quasi-Konstitutionalisierung des Wettbewerbsprinzips* bezeichnen, die in dieser Qualität neu ist, und die auch die ‚Sozialpolitisierung‘ (s. Kap. 4) geprägt hat.

3.1 Haushaltsrecht und korporatistische Steuerung: Zwischen Preiswettbewerb, Mittelstandsförderung und weiteren ‚vergabefremden‘ Zwecken

Um beurteilen zu können, inwieweit die Entwicklung seit den 1990er Jahren sich überhaupt als Vermarktlichung charakterisieren lässt, bedarf es zunächst eines Blicks auf die Ausgangssituation in Deutschland. Hier gab es bis 1998 so gut wie keine eigene gesetzliche Grundlage für die öffentliche Auftragsvergabe. Vielmehr hatte in Grundzügen die Regelungs-Architektur Bestand, die bereits

in der Weimarer Republik entstanden war (ausführlich Grau 2004). Diese verortete die öffentliche Auftragsvergabe im Haushaltsrecht und sah zudem starke korporatistische Elemente vor. Die zwei wichtigsten gesetzlichen Normen für die Auftragsvergabe waren dabei der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung (seit 1969: § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HhGrG))[2], sowie der Grundsatz der „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit" (§ 6 HhGrG). Das Wettbewerbsprinzip war damit auch vor der Europäisierung des Vergaberechts im deutschen Haushaltsrecht verankert; es besaß aber keinen Selbstzweck. Vielmehr diente es vorrangig dazu, das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit umzusetzen, also die öffentlichen Bedarfe durch das Einholen konkurrierender Angebote möglichst kostengünstig zu decken (Grau 2004, S. 202).

Ein starkes korporatistisches Element bestand – und besteht in abgeschwächter Form bis heute – in Gestalt der „Verdingungsordnungen" (bzw. später der „Vergabe- und Vertragsordnungen" für Bauleistungen (VOB) und für Leistungen (VOL),[3] die bereits seit den 1920er Jahren die genaue Art und Weise regelten, wie die haushaltsrechtlichen Grundprinzipien bei der Auftragsvergabe umzusetzen waren. Diese wurden von zwei dazugehörigen Ausschüssen verabschiedet und in der Folgezeit regelmäßig überarbeitet – dem Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) und dem Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL). Damit wurde die konkrete Ausgestaltung der Vergabeverfahren der unilateralen Steuerung durch Verwaltungsakte wie auch der parlamentarischen Gesetzgebung weitgehend entzogen und stattdessen in hohem Maße den organisierten Interessen der Wirtschaft übertragen.[4] Die Ausschüsse setzten sich im Wesentlichen aus Vertreter*innen der öffentlichen Auftraggeber und der betroffenen Wirtschafts- und Berufsverbände sowie einzelner Gewerkschaften zusammen. Begründet wurde dies seinerzeit mit dem Ziel, den Sachverstand der Akteure aus der Wirtschaft einzubinden, aber auch deren

[2] „Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen" (§ 30 HhGrG von 1969)

[3] ab 1997 ergänzt durch die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

[4] Die Verdingungsordnungen besaßen allerdings nicht unmittelbar bindende Wirkung, sondern erst durch gesetzlichen Anwendungsbefehl in den Haushaltsgesetzen von Bund, Ländern und Kommunen. Auf kommunaler Ebene waren sie zudem zum Teil nicht zwingend vorgeschrieben.

Interessen zu berücksichtigen – insbesondere die Interessen des Handwerks und der Arbeitnehmerseite (Grau 2004, S. 160).[5]

Die darin zum Ausdruck kommende Auffassung zur Zweckmäßigkeit und Legitimität organisierter Interessen (oder ‚Kartelle') und ihrer Einbindung in die Regulierung des Wettbewerbs, die seinerzeit auch von führenden Wirtschaftswissenschaftlern geteilt wurde (Schmoller 1906), unterschied die Wirtschaftspolitik in Deutschland und anderen korporatistisch geprägten Ländern grundlegend von der in anderen Ländern; insbesondere den Vereinigten Staaten mit ihrer starken Antitrust-Gesetzgebung (Lehmbruch 1977; Quack und Djelic 2005; Thelen 2020). Im Bereich des Vergaberechts war die Forderung nach einer Beteiligung der Verbände stark motiviert durch deren Kritik an Verwaltungsbestimmungen, die eine Vergabe an den „Mindestfordernden", also an den Bieter mit dem niedrigsten Preis, vorsahen (Grau 2004, S. 156). Dagegen hatte sich schon zum Ende des 19. Jahrhunderts zunehmend Kritik insbesondere von Seiten kleiner Gewerbetreibender und Handwerksbetriebe gerichtet.

Bereits in dieser haushaltsrechtlichen Grundarchitektur der Auftragsvergabe war damit ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der *Bedarfsdeckung zu möglichst niedrigen Kosten* und Maßnahmen zur *Beschränkung des reinen Preiswettbewerbs* angelegt. Dieses Spannungsverhältnis zog sich im weiteren Verlauf auch durch die konkrete Ausgestaltung der einschlägigen Vergabeordnungen. So wurde einerseits mit der ersten Verdingungsordnung zwar die unbedingte Pflicht zur Bezuschlagung des niedrigsten Preises aufgegeben; stattdessen sollte der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, „das unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint" (§ 26, Nr. 2 VOB in der Fassung von 1926, zitiert nach Grau 2004, S. 168). Diese Formulierung enthält damit im Kern die Definition des Wirtschaftlichkeits-Prinzips, das bis heute als eines der zentralen Prinzipien im deutschen Vergaberecht verankert ist (s. § 97, Abs. 1 GWB und § 7 Abs. 1 Satz 1 BHO). Andererseits ist diese Definition so weit gefasst, dass sie auch die Bezuschlagung des niedrigsten Preises ermöglicht. Denn als ‚wirtschaftlich' gelten sowohl Beschaffungen nach dem sogenannten Minimalprinzip oder ‚Sparsamkeitsprinzip', nach dem ein festgelegtes Beschaffungsergebnis mit dem geringsten Einsatz von Mitteln erreicht wird, als auch Beschaffungen nach dem Maximalprinzip oder ‚Ergiebigkeitsprinzip', wonach mit einem festgelegten Einsatz von Mitteln

[5] Diese Berücksichtigung der Interessen der anbietenden Privatwirtschaft werden auch in jüngerer Zeit für die Beibehaltung der Ausschüsse und Verdingungsordnungen angeführt (Deutscher Bundestag 2015, S. 6 ff.).

das bestmögliche Ergebnis erzielt wird.[6] Je nach kommunaler Haushaltslage und weiteren Faktoren konnte in der Vergabepraxis daher die Wahl häufig zugunsten des Sparsamkeitsprinzips ausfallen. Dass die Orientierung am Sparsamkeitsprinzip in der Vergabepraxis jedenfalls stark ausgeprägt war, bemängelte bereits 1984 ein Vertreter der Bauindustrie: Er kritisierte einen „permanenten Missbrauch der öffentlichen Nachfragemacht"; es sei „ständige Praxis der Auftraggeberseite (…) den Auftrag nicht zu angemessenen, sondern zu niedrigsten Preisen zu vergeben" (Vizepräsident des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie, zitiert nach FIW 1984, S. 64).

Eine weitere Ergänzung des Vergaberechts, die eine einseitige Ausrichtung an den Prinzipien von Wettbewerb und Sparsamkeit durchbrach, war die Mittelstandsförderung, die ebenfalls bereits in der Weimarer Republik Einzug hielt und damals etwa die Bevorzugung einheimischer und ortsansässiger Bieter vorsah (Grau 2004, S. 168). Bis heute ist die Mittelstandsförderung vor allem durch das Gebot zur Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose (§ 97 Abs. 4 GWB) im Vergaberecht verankert. Mit der Einbettung in das Haushaltsrecht fiel die Auftragsvergabe zudem auch unter die konjunkturpolitische Wende des Haushaltsrechts, die mit dem Stabilitäts- und Wachstums-Gesetz (StWG) von 1967 eingeleitet wurde. In Reaktion auf die Rezession der Jahre 1966/1967 sollten Wirtschafts- und Finanzpolitik zum Erhalt des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts" (§ 1 StWG) beitragen. Auch die Aufstellung und Ausführung öffentlicher Haushalte sollte nicht mehr nur dem Ziel dienen, die Bedarfsdeckung des Staates zu gewährleisten, sondern auch eine konjunkturstützende Funktion übernehmen. Diese konjunkturpolitischen Zwecke legitimierten auch Verordnungen und Praktiken, die den Wettbewerb einzuschränken suchten, beispielsweise zugunsten heimischer Betriebe.[7]

[6] Auf internationaler Ebene haben sich für diesen Unterschied das Begriffspaar „lowest price" und „most advantageous tender" (abgekürzt MEAT) durchgesetzt.

[7] Ein anschauliches und vergleichsweise junges Beispiel für eine solche strategische, an konjunkturpolitischen Zwecken orientierte Vergabepolitik bietet ein Beschluss des Bundeskabinetts vom April 1997 über Maßnahmen zur Stützung von Konjunktur und Beschäftigung in der Bauwirtschaft. Als eine dieser Maßnahmen wurden dabei öffentliche Auftraggeber dazu angehalten, bei Verfahren oberhalb der Schwellenwerte „in der Regel ein nicht offenes Vergabeverfahren durchzuführen, um insbesondere außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter zu mobilisieren, worin vor allem auch eine Wettbewerbsstärke der deutschen Unternehmen und der dort beschäftigten, fast durchweg qualifizierten deutschen Bauarbeitnehmer liegt." (Rundschreiben des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion vom 30. Mai 1997, zitiert nach Frank 2000, S. 289). Wie Frank zutreffend analysiert, kam dies wenig verklausuliert der Aufforderung gleich, „bei der Vergabe öffentlicher

Bereits solche *wirtschafts*politischen Ziele wurden im juristischen Schrifttum als ‚vergabefremde' und damit allenfalls begrenzt zulässige Zwecke bezeichnet. Denn die Auftragsvergabe diente dadurch nicht rein der Bedarfsdeckung unter Beachtung *betriebswirtschaftlicher* Gesichtspunkte, sondern erfolgte nach übergeordneten, *gesamt- oder strukturpolitischen* Gesichtspunkten (Grau 2004, S. 315; Riese 1998, S. 201 ff.). Umso mehr galten andere *soziale und arbeitsmarktpolitische* Zwecke als ‚vergabefremd', die im Laufe der 1980er und 1990er Jahre in den Regelungen und Richtlinien von Bund und Ländern hinzugekommen waren (für einen Überblick Riese 1998, S. 201–259).

Sowohl die haushaltsrechtliche Verankerung und der damit verbundene fehlende Rechtsschutz für Bieter, als auch das starke korporatistische Element, und schließlich der zunehmende Umfang ‚vergabefremder' Ziele waren also auch auf nationaler Ebene bereits seit der Nachkriegszeit Gegenstand von Reformansätzen und Kritik in politischen und rechtswissenschaftlichen Debatten (Grau 2004, S. 197 ff.). Zunehmend geriet all dies aber auch in Konflikt mit der sich herausbildenden europäischen Vergabepolitik.

3.2 Paradigmenwechsel: Wettbewerbsrecht und Bieterschutz als Meilensteine der Vermarktlichung

Auf europäischer Ebene bildete sich ein vergabespezifisches Sekundärrecht, das die Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe in den Mitgliedstaaten zunächst „koordinieren" sollte, erst mit Beginn der 1970er Jahre heraus. Die erste „Koordinierungsrichtlinie" zu Bauleistungen (71/304/EWG)[8] hatte zum Ziel, „den Ermessensspielraum der öffentlichen Auftraggeber durch eine Vielzahl konkreter Verfahrensregeln rechtlich zu umgrenzen." (Frank 2000, S. 71). Diese Vorstöße dienten also dem übergeordneten Ziel, die nationalen Beschaffungsmärkte für Anbieter aus anderen EG-Mitgliedstaaten zu öffnen und damit die im EG-Vertrag von 1957 verankerten Verbote der Beschränkung des Warenverkehrs, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu verwirklichen. Damit sollten nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Auftragsvergabe beseitigt

Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte zur Stärkung der eigenen Baubranche deutsche Unternehmer – soweit rechtlich möglich – zu bevorzugen" (Frank 2000, S. 290). Bereits zum damaligen Zeitpunkt war diese Aufforderung allerdings nur verklausuliert möglich, für die direkte positive Diskriminierung heimischer Bieter gab es schon seit langem keine gesetzliche Grundlage mehr.

[8] Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 71 /305/EWG vom 26. 6. 1971.

werden, welche ausländische Anbieter direkt oder indirekt von der Bewerbung um öffentliche Aufträge ausschlossen – etwa in Form von technischen Spezifikationen mit faktisch diskriminierender Wirkung oder durch die fehlende Bekanntgabe einer Auftragsvergabe.

Einen zentralen Stellenwert erhielt diese Zielsetzung allerdings erst in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre, im Zuge der Vorarbeiten zum Vertrag über die Europäische Union. Wichtige Impulse gingen dabei von der Europäischen Kommission aus. In ihrem ‚Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes' von 1985 wurde die Vergabepolitik der Mitgliedsstaaten als ein zentrales nicht-tarifäres Handelshemmnis identifiziert: Öffentliche Aufträge, heißt es dort, „werden immer noch von der Neigung der zuständigen Behörden bestimmt, die Aufträge im Inland zu halten. Die fortdauernde Aufsplitterung in einzelne Vergabemärkte ist eine der augenfälligsten Schranken auf dem Weg zur Vollendung des Binnenmarktes" (KOM (85) 310 endg., S. 23). Das Weißbuch, wie auch die auf ihm basierende Einheitliche Europäische Akte von 1986 gelten als das konzeptionelle Fundament des Europäischen Vergaberechts (Bovis 2007, S. 4). Das europäische Vergaberecht war also, anders als das deutsche, von vornherein Bestandteil des Wettbewerbsrecht und verfolgte zunächst in erster Linie das Ziel, protektionistische Maßnahmen auch im Bereich der öffentlichen Beschaffungsmärkte abzubauen.

Im Zuge der Weiterentwicklung der Vergaberichtlinien und der einschlägigen Rechtsprechung durch das EuGH ist die Europäische Vergabepolitik jedoch mittlerweile über die bloße Marktöffnung für ausländische Bieter hinausgegangen und hat so wesentlich dazu beigetragen, die Zielsetzung wie auch die Verfahrensregeln in den Mitgliedsstaaten tiefgreifend zugunsten des Wettbewerbsschutzes umzugestalten.

Einen besonders wichtigen Meilenstein hat die Kommission mit der sogenannten Überwachungsrichtlinie (89/665/EWG) aus dem Jahr 1989 eingeführt. Die Richtlinie forderte die Mitgliedsstaaten zur Einführung von Nachprüfungsverfahren auf und versetzte potenzielle Bieter damit in die Lage, die in den Richtlinien verankerten zentralen Vergabegrundsätze – allen voran Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, in der Praxis auch durchzusetzen. Die Kommission holte sich damit intendiertermaßen die Unternehmen als Alliierte im Ringen um den Abbau protektionistischer Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten zur Seite. Mit den Interessen der heimischen Wirtschaft in Deutschland deckte sich dieser Vorstoß allerdings nur bedingt, denn die Stoßrichtung war eine deutlich andere als die ähnlich gelagerter, früherer Forderungen nach einem Bieterschutz von Seiten der Wirtschaftsverbände in Deutschland selbst: Diese sahen im Bieterschutz kein Mittel zur Marktöffnung, sondern in erster Linie einen

Schutz vor einem *zu intensiven* Preiswettbewerb, mit dem der Staat unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung das Ziel einer möglichst sparsamen Auftragsvergabe verfolgen konnte (Grau 2004, S. 107 ff.)[9]. Ihre Forderung richtete sich also gegen die Willkür des Staates, seine Einkaufsmacht als *Kunde* für eine Preisdämpfung zu nutzen. Demgegenüber entsprach die Einführung des subjektiven Bieterschutzes durch die EU, so Kunzlik (2013, S. 314), der neoliberalen Programmatik private Rechte zu stärken, um damit ‚willkürliche' staatliche Eingriffe zugunsten bestimmter regulatorischer Absichten einzuschränken (ähnlich Frank 2000, S. 73). Er zielt also darauf, den Staat in seiner Rolle als *Regulierer* zu beschränken.

Die Bundesregierung hatte zur Umsetzung der sogenannten Überwachungsrichtlinie zunächst Nachprüfungsverfahren im Rahmen einer ‚haushaltsrechtlichen Lösung' eingeführt, also unter Beibehaltung der Verdingungsordnungen und ohne subjektive Bieterrechte.[10] Dies wurde jedoch von der Europäischen Kommission wie auch vom Europäischen Gerichtshof als unzureichend bewertet. Dies führte zu mehreren Vertragsverletzungsverfahren, die die Bundesregierung schließlich dazu veranlassten, das Vergaberecht neu zu ordnen und zum 1.1.1999 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einzugliedern. Zahlreiche Aspekte, die zuvor allein in den Verdingungsordnungen festgelegt waren, werden seitdem durch den 4. Teil des GWB geregelt.[11]

Diese Entwicklung wurde in den einschlägigen deutschen Rechtskommentaren weithin begrüßt – nicht zuletzt, weil die starke Stellung der Vergabeausschüsse manchen als Verletzung demokratischer Prinzipien galt, wie dies etwa in der rückblickenden Würdigung von Dörr zum Ausdruck kommt: „Hier schufen sich also die Betroffenen im Rahmen diffuser, intransparenter Aushandlungsprozesse, vor allem aber jenseits parlamentarischer Legitimation und Kontrolle die für sie geltenden Regeln selbst" (Dörr 2017, RN 14). Übereinstimmend wird in den

[9] Auch in der deutschen staats- und rechtswissenschaftlichen Debatte gab es schon früh Fürsprecher für die Einrichtung eines Bieterschutzes: So kritisierte der Staatsrechtler Ernst Forsthoff in einer kurzen Ausarbeitung aus dem Jahr 1963 den fehlenden Rechtsschutz von Bauunternehmen infolge der haushaltsrechtlichen Rahmung der Auftragsvergabe mit der Begründung, dass der Staat auf diese Weise seine marktbeherrschende Stellung in manchen Bereichen des Baus ungehindert ausnutzen könne (Forsthoff 1963).

[10] Die Verdingungsordnungen hatten zwar bindende Wirkung für die Verwaltung, besaßen jedoch lediglich den Charakter einer internen Weisung und konstituierten damit keine subjektiven Rechte für Bieter auf Einhaltung der dort festgehaltenen Verfahrensvorschriften.

[11] Die Verdingungsordnungen, bzw. die Vergabe- und Vertragsordnungen, wie die Regelwerke heute bezeichnet werden, und die zuständigen Ausschüsse behalten allerdings bis heute einen Platz in der Architektur des deutschen Vergaberechts.

Kommentaren darüber hinaus betont, dass mit dieser Eingliederung des Vergaberechts in das GWB nicht nur der subjektive Bieterschutz eingeführt wurde, sondern auch „die wettbewerbliche Bedeutung des Vergaberechts betont werden“ sollte (Frank 2000, S. 296). Dies kommt auch in § 97 Abs. 1 GWB zum Ausdruck,[12] der als „Überschrift des modernen Vergaberechts“ (Müller-Wrede 2016, S. 5, RN 9) gelten kann, „denn in Abkehr von der früheren, rein haushaltsrechtlich dominierten und damit häufig wenig wettbewerblichen Vergabe sind öffentliche Aufträge (…) im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu vergeben.“ Erst mit dieser „Verrechtlichung“, so Dörr „ist das primär haushaltswirtschaftlich determinierte Vergabe*wesen* zum wettbewerbsorientierten, rechtsstaatlich eingebundenen Vergabe*recht* geworden“ (Dörr 2017, RN 15, Hervorhebung im Original).

Diese Einschätzungen lassen es als gerechtfertigt erscheinen, die Einführung des subjektiven Bieterschutzes und die Eingliederung ins Wettbewerbsrecht nicht nur als einen „Quantensprung“ (Burgi 2018, § 6, RN 8)) oder einen „Meilenstein“ (Matthey 1998, S. 41) in der Entwicklung des Vergaberechts, sondern auch als Meilensteine der Vermarktlichung und als ersten grundlegenden Paradigmenwechsel im Vergaberecht zu bezeichnen. Die Eingliederung in das Wettbewerbsrecht hat auch die Weiterentwicklung des Vergaberechts unter den Einfluss der spezifischen wettbewerbsrechtlichen Rechtsdoktrine gebracht (s. Abschn. 3.4 und 3.5).

3.3 Neue Akteure und Verfahren: Die Verrechtlichung des Konfliktaustrags

Zur Umsetzung des Bieterschutzes wurden in der Folge Vergabeprüfstellen sowie Vergabekammern (vorgerichtliche, verwaltungsinterne Prüf-Instanzen) eingerichtet, sowie ein rechtlicher Beschwerdeweg (vor den Oberlandesgerichten) aufgebaut. Erst dadurch hat sich hier eine vergabespezifische Rechtsprechung entwickelt, zuvor gab es zu dieser Rechtsmaterie kaum Gerichtsentscheidungen (Grau 2004, S. 207). Nach 1998 hingegen verzeichnete das Vergaberecht, so Burgi (2018, § 1, RN 3), eine „stürmische Entwicklung“, insbesondere durch eine „Flut von Nachprüfungsverfahren“. Ihre Anzahl überstieg schon ab dem Jahr 2003 die Schwelle von jährlich 1000 Fällen, ging dann ab 2011 wieder leicht

[12] Dort heißt es nun „Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.“ (§ 97 Abs. 1 GWB).

Tab. 3.1 Vergabenachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern und Oberlandesgerichten 1999–2020

Anzahl der	1999	2001	2003	2005	2007	2009	2011	2015	2020	Summe 1999-2020
Anträge bei den VK	395	953	1275	1384	1119	1275	989	864	988	**21.640**
Beschwer-den bei den OLG	50	171	300	286	197	199	241	159	162	**4.332**
Vorlagen beim EuGH	0	1	1	0	1	1	2	0	0	**24**

Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis von: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (div. Jahre): Statistische Meldungen über Nachprüfungsverfahren https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabestatistik.html

zurück. Insgesamt sind in den 20 Jahren nach Einführung des Bieterschutzes über 21.000 Nachprüfungsanträge bei den Vergabekammern von Bund und Ländern eingegangen. Knapp jeder fünfte davon ging weiter an die Oberlandesgerichte (s. Tab. 3.1).

Es ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen dieser Nachprüfungsverfahren nicht auf die Korrekturen einzelner Fälle ex-post beschränkt war, sondern dass diese „Flut von Nachprüfungsverfahren gleichsam prospektiv bei den Auftraggebern das Bewusstsein für die Bedeutung des Vergaberechts geschärft“ hat, so Burgi (2018, § 1, RN 3). Entsprechend hat sich auch die Rechtswissenschaft des Themas angenommen: Es gibt eine Vielzahl von Kommentaren und Handbüchern zum Vergaberecht und mehrere neue Fachzeitschriften. Mit der Entwicklung des Vergaberechts zu einem eigenständigen Rechtsgebiet ist zudem eine fachliche Spezialisierung innerhalb der juristischen Profession einhergegangen. Der Fachanwalt für Vergaberecht wurde 2015 auf Beschluss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) eingeführt.[13] Zahlreiche auf das Vergaberecht spezialisierte

[13] Die Statistik der Bundesrechtsanwaltskammer, die das Bundesweite Amtliche Anwaltsverzeichnis (BRAV) führt, listet für das Jahr 2019 273 Fachanwälte für Vergaberecht auf. Angesichts einer Gesamtzahl von 56.305 Anwälten, davon allein 3011 für Bau- und Architektenrecht und über 10.000 für Arbeitsrecht, bleibt dies noch eine vergleichsweise kleine Gruppe.

Kanzleien bieten sowohl Bietern als auch öffentlichen Auftraggebern ihre Unterstützung an.[14] Ihre Dienstleistung erstreckt sich dabei nicht nur auf die Vertretung der beiden Parteien bei den Nachprüfungsverfahren, sondern schließt auch die Beratung öffentlicher Auftraggeber bei der rechtssicheren Erstellung von Vergabeunterlagen ein. Mitunter lagern öffentliche Auftraggeber die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens sehr weitgehend auf Kanzleien und andere ‚Beschaffungsdienstleister' aus (Burgi 2019). Die Kanzleien zählen damit zu der stark gewachsenen Infrastruktur an Beratungsangeboten, die sich an die öffentliche Vergabe-Verwaltung richtet (s. Kap. 6).

Diese neuen Verfahren und Instanzen auf nationaler Ebene haben im weiteren Verlauf wiederum dem EuGH erhöhte Mitsprachemöglichkeiten eingeräumt, da darüber mehrere Fälle an das EuGH zur Vorabentscheidung herangetragen wurden, in denen sich unterlegene Bieter zur Wehr setzten – allen voran das ‚Rüffert'-Urteil von 2008, das den damals geltenden Landestariftreuegesetzen einen Riegel vorschob (s. Abschn. 3.5 und Kap. 4). Die Anzahl der Vorlagen aus Deutschland beim EuGH blieb insgesamt zwar sehr gering (s. Tab. 3.1), ihre Folgen waren aber zum Teil sehr weitreichend (s. nächster Absatz). Auch die Europäische Kommission besitzt die Möglichkeit, über das EuGH gegen vergaberechtliche Gesetze und Verordnungen oder auch Praktiken einzelner Vergabestellen in den Mitgliedsstaaten durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens (nach Art. 258 AEUV) zu intervenieren und hat dies auch häufig genutzt.

Durch die Institutionalisierung des Wettbewerbsprinzips und des Bieterschutzes sind also zugleich zusätzliche Akteure involviert worden, die Mitspracherechte bei der Ausgestaltung von Vergabepolitik und -praxis besitzen. Die gerichtlichen Verfahren wirkten sich dabei weit über das einzelne Verfahren hinaus auch auf die nationale Gesetzgebung aus, sowohl in dem jeweiligen Land als auch in anderen, von dem Urteil nicht direkt betroffenen Ländern. Die europäische Überwachungsrichtlinie trug insofern dazu bei, den Einfluss der europäischen Vergaberichtlinien auf das materielle Vergaberecht in den Mitgliedsstaaten zu vertiefen (Kunzlik 2013, S. 315).

---

[14] Für eine Übersicht von Kanzleien mit ihren jeweiligen Schwerpunkten siehe die Liste der Vergaberechts-Kanzleien in Deutschland, die das Ranking-Portal ‚The Legal 500' (https://www.legal500.com/) erstellt.

3.4 Regulative Expansion und ‚Kolonialisierung' des Unterschwellenrechts

Die Weiterentwicklung des europäischen Vergaberechts lässt sich als Expansion und Intensivierung beschreiben, also als sukzessive Ausdehnung ihres Geltungsbereichs und stärkere Detailsteuerung der Vergabeverfahren (Kunzlik 2013, S. 315). Dazu trug nicht nur eine „sukzessive sekundärrechtliche Durchnormierung der Materie" (Riese 1998, S. 3) durch die Europäische Kommission bei, sondern auch die Rechtsprechung des EuGHs und der nationalen Gerichte. So wurden neben den anfänglichen Bau- und Lieferleistungen ab Beginn der 1990er Jahren mit weiteren Richtlinien der Kommission auch Dienstleistungsaufträge (92/50/EWG), Aufträge in den Bereichen der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie im Sektor Telekommunikation (‚Sektorenrichtlinie', 90/531/EWG), im Verteidigungsbereich (2009/81/EG), im Bereich der sozialen Dienstleistungen[15] und zuletzt auch Konzessionen (2014/23/EU) einbezogen. Für manche dieser Bereiche wurden innerhalb des Vergaberechts Sonderrechte verankert. Der Bereich der Aufträge, die vom Vergaberecht grundsätzlich ausgenommen sind, ist aber stark verringert worden.

Zudem ist auch der persönliche Geltungsbereich ausgeweitet worden: Zunächst war er auf die „klassischen institutionellen" Auftraggeber beschränkt, eine Formulierung, die im Wesentlichen die geltenden Definitionen von ‚öffentlichen Auftraggebern' in den Mitgliedstaaten unangetastet ließ und in Deutschland zur Folge hatte, dass nur Gebietskörperschaften (Bund/Länder/Kommunen) sowie bundesunmittelbare Einrichtungen des öffentlichen Rechts einbezogen wurden. Schon mit der ersten großen Überarbeitung der Baurichtlinie im Jahr 1989 vollzog die Kommission jedoch einen Wandel vom institutionellen zum „funktionellen Auftraggeberbegriff" und erweiterte damit den Kreis der öffentlichen Auftraggeber stark. Dadurch wurden zahlreiche Einrichtungen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen (etwa öffentliche Unternehmen, Universitäten, Kammern, Berufsgenossenschaften, privatwirtschaftliche Betriebe), unabhängig von ihrer Rechtsform zu öffentlichen Auftraggebern bestimmt. Begründet wurde diese Expansion mit dem Ziel zu verhindern, dass sich eine Gebietskörperschaft durch Ausgliederung ihrer Aufgaben, etwa Gründung einer privatrechtlichen Eigengesellschaft, dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entziehen kann (sog. „Flucht ins Privatrecht") (Pünder 2019). Im weiteren Verlauf ist diese Expansion

[15] Für soziale und „andere besondere Dienstleistungen" gilt allerdings ein Sonderregime mit eingeschränkter Geltung des Vergaberechts; diese Privilegierungen wurden mit der Vergaberechtsreform aus dem Jahr 2014 allerdings zurückgefahren (Kraus 2020).

des persönlichen Anwendungsbereichs auch durch eine entsprechende Ausdeutung der Richtlinien durch die Rechtsprechung sowohl seitens des EuGH wie auch der nationalen Gerichte vorangetrieben worden (Roth 2013; Rechten 2014).

Neben diese Expansion des Geltungsbereichs hat eine expansive Interpretation des europäischen Primärrechts dazu geführt, dass auch solche Aufträge, die explizit von den Vergabe-Richtlinien ausgenommen wurden, in den Geltungsbereich einbezogen wurden – man kann hier insofern von einer sukzessiven ‚Kolonialisierung' der öffentlichen Beschaffung durch das EU-Recht sprechen. Das galt für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, bevor diese im Jahr 2014 dann zum Gegenstand einer eigenen sekundärrechtlichen Richtlinie wurden. Vor allem aber gilt es für den Bereich der Unterschwellenvergabe, also Aufträge, deren finanzieller Wert die Schwellen unterschreitet, ab der die europäischen Vergaberichtlinien greifen. Zentraler Angelpunkt ist dabei der Begriff der ‚Binnenmarktrelevanz' bzw. des ‚grenzüberschreitenden Interesses'. Ein Auftrag kann demnach auch dann für Wettbewerber aus anderen Ländern von Interesse sein, wenn der Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte liegt; etwa aufgrund der Grenznähe, des (dennoch beträchtlichen) Auftragswertes, oder der besonderen Beschaffenheit des jeweiligen Marktes. Die ‚Binnenmarktrelevanz' ist daher im Einzelfall von den Vergabestellen ex ante zu prüfen.

Für die Unterschwellenvergabe von Aufträgen mit Binnenmarkrelevanz gelten die sekundärrechtlichen Richtlinien nicht unmittelbar, sondern Grundsätze, die der EuGH erstmals in der Rechtssache ‚Teleaustria' (Rechtssache C-324/98 Teleaustria [2000] ECR I-10745) aus den im Primärrecht verankerten Grundfreiheiten[16] abgeleitet hat: Nämlich Diskriminierungsverbot (also Gleichbehandlung aller Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bzw. Ortsansässigkeit), Transparenzgebot, Verhältnismäßigkeit und Nachprüfbarkeit (Burgi 2018: § 3, RN 25,26). Aus diesen Grundsätzen wiederum hat der EuGH eine Reihe von Detailregeln abgeleitet, in Analogie zu den entsprechenden sekundärrechtlichen Regeln der Vergaberichtlinien (Treumer und Werlauff 2003).

Nicht nur in diesem Punkt glich die Weiterentwicklung des Vergaberechts einer Art Staffellauf zwischen Kommission und Gerichtshof – und damit zwischen Primär- und Sekundärrecht: Einerseits wurden bei der Überarbeitung der europäischen Vergaberichtlinien explizit Ergänzungen und Änderungen zwecks Anpassung an die Rechtsprechung des EuGHs vorgenommen (Kunzlik 2013, S. 315). Andererseits hat die Europäische Kommission die Rechtsprechung des EuGHs zum Anlass für ihre ‚Mitteilung zu Auslegungsfragen' (Europäische

[16] insbesondere Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

Kommission 2006) genommen und deren Geltungsanspruch damit noch einmal untermauert und um eigene Auslegungen ergänzt. Den Mitgliedsstaaten wird darin eine Reihe von detaillierten „Grundanforderungen“ an Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kommuniziert; etwa zu erforderlichen Inhalten und Wegen der Bekanntmachung von Ausschreibungen, zur diskriminierungsfreien Beschreibung des Auftragsgegenstandes oder zur gegenseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen. Diesen Grundanforderungen verleiht die Kommission im gleichen Dokument Nachdruck, indem sie daran erinnert, dass sie im Falle von Verstößen dagegen ihrerseits den EuGH anrufen kann. Zudem greift die Kommission die Rechtsprechung des EuGH auf, nach der es Aufgabe der Mitgliedsstaaten sei, auch im Unterschwellenbereich Verfahren zu etablieren, die einen „effektiven“ Rechtsschutz gewährleisten.[17]

Kunzlik (2013, S. 316) konstatiert daher zu Recht ein „blurring of the lines that had once been believed to demarcate the scope of the EU public procurement regime“. Dieses Verschwimmen der Grenzen zwischen Ober- und Unterschwellenbereich durch die expansive Ausdeutung des Primärrechts bedeutet wiederum, so Burgi, dass die Praxis „mit erheblicher Rechtsunsicherheit konfrontiert [ist]: Müssen Aufträge beispielsweise unterhalb der Schwellenwerte nun europaweit ausgeschrieben werden bzw. genügt eine Verlautbarung im Internet oder in einer Zeitung, die auch jenseits der Grenze des Kreises gelesen wird, in dem sich der Auftraggeber befindet? Welche Anstrengungen sind auf judizieller Ebene notwendig, um dem Gebot der Nachprüfung entsprechen zu können etc.?“ (Burgi 2018, § 3, RN 26). Auf Ebene der Gesetze und Verordnungen hat man sich in Deutschland allerdings bemüht, diese Unsicherheit durch eine weitgehende Angleichung von Detailregelungen im Unterschwellenbereich an das Oberschwellenrecht zu verringern. So orientiert sich nach ausdrücklicher Zielsetzung des zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Burgi 2018, § 25, RN 13a) die neue Unterschwellen-Vergabeordnung (UVgO), die nach der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien der EU aus dem Jahr 2014 verabschiedet wurde, an der für öffentliche Aufträge *oberhalb* der EU-Schwellenwerte geltenden Vergabeverordnung (VgV).

---

[17] Die Frage, welcher Rechtsweg Bietern im Unterschwellenbereich offensteht bzw. offenstehen sollte, um einen solchen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, und inwieweit auch hier eine Angleichung an das Oberschwellenrecht erfolgen sollte, beschäftigt Politik, Gerichte und Rechtswissenschaft bis heute (u. a. Huerkamp und Kühling 2011; Dreher 2021, RN 98–105). Es bleibt bislang dabei, dass Bieter sich lediglich an die Zivilgerichte (üblicherweise die Landesgerichte) wenden können, um Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Für die Anfechtung der Vergabeentscheidung selbst fehlt es jedoch an einer gesicherten Grundlage.

Formal besteht damit zwar die seit 1999 bestehende Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in ein wettbewerbsrechtliches „GWB-Vergaberecht" (Burgi 2018) oder „Kartellvergaberecht" (Dreher 2021) oberhalb der Schwellenwerte und ein „Haushaltsvergaberecht" unterhalb der Schwellenwerte fort, insofern hier jeweils unterschiedliche Regelwerke gelten, und zudem im Unterschwellenbereich nicht der gleiche Bieterschutz gilt wie im Oberschwellenbereich (s. Fußnote 17). Faktisch hat sich hier jedoch durch die – vom EuGH erzwungene und vom deutschen Gesetzgeber zum Teil auch freiwillig darüber hinausschießende Übertragung[18] – von Regelungen aus dem Oberschwellen- in das Unterschwellenrecht eine deutliche Angleichung ergeben. Diese halb freiwillige, halb erzwungene ‚Kolonialisierung' des Unterschwellenbereichs ist deswegen so wichtig, weil dadurch auf das gesamte Beschaffungswesen die Rechtsdoktrine des europäischen Vergaberechts Anwendung findet – auch wenn in der Beschaffungspraxis nur ein Bruchteil der Vergabeverfahren eine grenzüberschreitende Dimension hat.[19]

3.5 Regulative Verdichtung und Konstitutionalisierung des Wettbewerbsprinzips

Neben der Expansion des wettbewerbsrechtlichen Vergaberechts auf weite Bereiche der öffentlichen Beschaffung ist es insbesondere seit Vollendung des europäischen Binnenmarktes mit dem Vertrag von Maastricht auch zu einer sukzessiven *Verdichtung* des Regelwerks gekommen. Diese zielt auf eine Einschränkung der Ermessensspielräume der Verwaltung in jedem Stadium des Vergabeprozesses (Arrowsmith 2006; Kunzlik 2013): von der Wahl des Verfahrens, über die Beschreibung des Auftragsgegenstandes, die zulässigen Ausschlussgründe und Kriterien zur Bewertung der Bietereignung, die Bekanntmachung, die zulässigen Auswahlkriterien und Verfahren zur Bewertung der Angebote.

Damit vollzog das europäische Vergaberecht einen Wandel vom lose koordinierenden Rahmenwerk zu einem immer feinmaschigeren System gemeinsamer Regelungen (Arrowsmith 2006). Ein guter Teil dieser Detailregelungen wurde

---

[18] Eine solche überschießende Umsetzung war, wie Sue Arrowsmith (2006, S. 380 ff.) herausarbeitet, auch in andere Ländern zu beobachten und wurde durch die europäische Kommission seit 2003 auch aktiv durch den Aufbau eines Netzwerks von Vergabepolitiker*innen aus den Mitgliedsländern unterstützt (s. auch Kap. 6 in diesem Buch).

[19] Die Bundesregierung schätzt den Anteil der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in ihrem ersten Monitoring-Bericht zur Anwendung des Vergaberechts auf 90 % aller Vergabeverfahren. Diese machten zudem 75 % des Beschaffungsvolumens aus (Bundesregierung 2017, S. 14).

erneut durch die Rechtsprechung des EuGHs unter Rückgriff auf die primärrechtlichen Grundfreiheiten entwickelt und hat dann später Eingang in die sekundärrechtlichen Richtlinien gefunden. Bovis (2016) sieht daher in dem „judicial activism" des EuGHs einen zentralen Motor der regulativen Nachverdichtung, die ihrerseits stark der neoliberalen Programmatik verpflichtet sei (ähnlich Kunzlik 2013). Das Vergaberecht werde von den Europäischen Institutionen wie auch den Mitgliedsstaaten zusehends als Instrument zur Herstellung von Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit betrachtet, und diese Sichtweise gehe wesentlich auf entsprechende Interpretationen durch den EuGH zurück (Bovis 2016, S. 325).

Diese Entwicklung in der Europäischen Vergabepolitik entspricht damit einem übergreifenden Trend, der in der Europäisierungsforschung unter den Schlagworten der ‚juridischen Europäisierung' oder der ‚Integration durch Recht' beschrieben wurde (u. a. Weiler 1991; Gill 1998; Alter 2001; Scharpf 2010; Stone-Sweet 2004; Kelemen 2011; Grimm 2015; Schmidt 2018). Diese identifiziert den Europäischen Gerichtshof als treibende Kraft hinter einer ‚Konstitutionalisierung' der EU-Verträge. Gemäß der in den 1960er Jahren entwickelten Doktrin der unmittelbaren und vorrangigen Geltung (‚direct effect and supremacy') wird den Gründungsverträgen demnach der Rang einer Verfassung zuerkannt (Konstitutionalisierung) und auf diesem Wege eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung durch die europäische Rechtsprechung erzwungen (‚juridische Europäisierung').

Die Kritik an dieser Entwicklung entzündet sich nicht nur an der damit verbundenen Entdemokratisierung und Depolitisierung der Entscheidungsprozesse, da auf diese Weise die Befugnisse von Judikative und der sich als ‚Hüterin der Verträge' verstehenden Europäischen Kommission zulasten gewählter Regierungen und Parlamente gestärkt werden. Problematisiert wird vielmehr auch, dass diese Entwicklung mit einer einseitigen, *marktliberalen Ausdeutung* der EU-Verträge zusammenfällt und damit die Förderung von Wettbewerb Oberhand über andere politische Ziele gewonnen hat – dass also insbesondere solche Rechte Verfassungsrang erhalten, die der neoliberalen Programmatik folgend die Freiheitsrechte privater Unternehmen und Investoren sichern und sie gegen den Zugriff durch politische und zivilgesellschaftliche Akteure abschirmen.[20] Die juridische Europäisierung fällt mithin mit einem „juridical neoliberalism" (Biebricher 2017;

[20] Ähnliche Entwicklungen sind insbesondere im Anschluss an die hegemonietheroetischen Arbeiten von Stephen Gill zum ‚neuen Konstitutionalismus' mit Bezug auch auf weitere transnationale Institutionen und internationale Handelsverträge (wie WTO, NAFTA) analysiert und kritisiert worden (u. a. Gill 2002; Bieling 2007; Möller 2009; Gill und Cutler 2014).

s. auch Gill 2002[21]) zusammen. Wie Scharpf (2010) herausarbeitet, habe die ‚Integration durch Recht' eine deregulatorische Wirkung, da sie nur solchen Klägern die Tür öffne, die gemäß der neuen Doktrin ihre individuellen Rechte auf Verwirklichung des freien Wettbewerbs im Binnenmarkt gegenüber den Mitgliedsstaaten einzuklagen suchen. Die juridische Europäisierung unterstütze so die negative Integrationslogik (d. h. den Abbau von Wettbewerbsbarrieren), während positive Integrationsschritte, also die Schaffung gemeinsamer marktregulierender Standards, an der zunehmenden politisch-ökonomischen Heterogenität der Mitgliedsstaaten und den Mehrheitserfordernissen für europäische Richtlinien scheitere.

Vielbeachtete Beispiele dieser marktliberalen Ausdeutung der EU-Verträge sind insbesondere die Entscheidungen des EuGH zu den Rechtssachen des sogenannten ‚Laval-Quartetts'.[22] Zu ihnen zählt auch das sogenannte ‚Rüffert'-Urteil aus dem Jahr 2008, welches das Tariftreuegesetz des Landes Niedersachsen für unvereinbar mit europäischem Recht befand. Das Landesgesetz schrieb, ähnlich wie die Vergabegesetze anderer deutscher Bundesländer zu diesem Zeitpunkt, auch ausländischen Unternehmen (in diesem Fall einem polnischen Subunternehmen eines deutschen Bauunternehmens) die Zahlung von am Ort der Ausführung üblichen Tariflöhnen vor. Das EuGH stützte sich in seinem Urteil auf eine restriktive Auslegung der Entsenderichtlinie im Lichte der im Primärrecht verankerten Dienstleistungsfreiheit. Die Entsenderichtlinie (96/71/EG) hatte zwar die Vorgabe von gesetzlichen oder für allgemeinverbindlich erklärten tariflichen Mindestlohnsätzen auch für grenzübergreifend tätige Dienstleister zugelassen. Nach dem Verständnis des EuGHs schloss dies aber nicht gesetzliche Tariftreuevorgaben für *repräsentative* Tarifverträge ein, da diese nicht für alle Unternehmen gälten. Die damit verbundene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit entspreche daher nicht dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Im ‚Rüffert'-Urteil deutete der EuGH wie zuvor schon im ‚Laval'-Urteil die in der Entsenderichtlinie aufgelisteten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die auch auf ausländische

[21] Der „new constitutionalism", so Gill, ist „the politico-juridical counterpart to ‚disciplinary neo-liberalism'. The latter is a discourse of political economy that promotes the power of capital through extension and deepening of market values and disciplines in social life, under a regime of free enterprise. " (Gill 2002, S. 47).

[22] Rechtssache C-438/05 International Transport Workers' Federation (ITF) and Finnish Seamen's Union (FSU) v Viking Line [2007] („Viking"); Rechtssache C-341/05 Laval und Partneri v Svenska Byggnadsarbetareförbundet [2007] („Laval"); Rechtssache C-346/06 Rüffert v Land Niedersachsen [2008] („Rüffert"); und Rechtssache C-319/06 Commission v Luxembourg [2008] („Luxembourg").

Unternehmen erstreckt werden durften, nicht als Mindestbedingungen, sondern als maximales Schutzniveau um.

In der politik- und rechtswissenschaftlichen Literatur ist allerdings umstritten, inwieweit die supranationalen Institutionen, also Europäischer Gerichtshof und Europäische Kommission, bei der marktliberalen Konstitutionalisierung eine *autonome Agenda* verfolgt haben oder dies eher durch andere Akteure vorangetrieben wurde und wird. Tatsächlich entspricht die Entwicklung im Falle des Vergaberechts an vielen Punkten der u. a. von Kelemen (2011) beschriebenen strategischen Prozessführung („strategic litigation"), bei der Akteure aus den Mitgliedsstaaten das europäische Recht für ihre Interessen mobilisieren, welche sie ohne diesen Umweg auf nationaler Ebene so nicht durchsetzen könnten (Kelemen 2011; Graser 2019). Im Fall ‚Rüffert' war es immerhin ein deutsches Unternehmen, das geklagt hatte und ein deutsches Gericht (OLG Celle), das entschieden hatte, den Fall dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen. Das Gericht schloss sich in seiner Begründung dafür unter Verweis auf die vorherrschende Sichtweise im deutschen juristischen Schrifttum der Auffassung an, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen eine zu starke Einschränkung der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit darstelle (OLG Celle, Beschluss vom 03.08.2006, 13 U 72/06).· Ein weiteres bemerkenswertes Beispiel für die Mobilisierung europäischen Rechts ‚von unten', ist das ‚Bundesdruckerei'-Urteil des EuGHs (Rechtssache C 549/13 [2013]. Hier hatte mit der Bundesdruckerei sogar ein öffentliches Unternehmen erfolgreich gegen die Anwendung einer Tariftreue-Vorgabe auf sein Sub-Unternehmen mit Sitz in Polen geklagt. Die zuständige Vergabekammer teilte die Auffassung des Unternehmens, dass dies die Wettbewerbsfreiheit zu stark beschränke und legte die Entscheidung dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Diese und weitere Beispiele verdeutlichen, dass die marktliberale Rechtsprechung des EuGHs selbst wie auch seine Wirkung maßgeblich davon abhängen, dass sie auf nationaler Ebene gewissermaßen Alliierte finden, die eine ‚juridische Neoliberalisierung', also marktliberale Anpassungszwänge ‚von oben' anhand konkreter Fälle aktiv einfordern. Neben den Bietern selbst kommt es hier auch auf die nationalen Gerichte an; hier lassen sich ebenfalls deutliche Unterschiede nach Ländern und Rechtsgebieten feststellen (u. a. Schmidt 2018, S. 2019 ff.). Anders als Gerichte in den skandinavischen Ländern, die mit der Vorlage nationaler Verfahren beim europäischen Gerichtshof eher zurückhaltend umgingen (Wind 2010), haben die für das Vergaberecht zuständigen deutschen Oberlandesgerichte diese Möglichkeit zur Vorlage beim EuGH eher intensiv genutzt. Auch wenn diese Annahme weitgehend spekulativ bleiben muss, dürfte diese Bereitschaft der Gerichte auch durch die Rechtswissenschaft, genauer durch die

entsprechende Mehrheitsmeinung in der einschlägigen Teildisziplin des Wettbewerbsrechts, begünstigt worden sein. In jedem Fall haben die Gerichte damit sehr weitreichende Urteile des EuGHs herbeigeführt, die die nationale Gesetzgebung nicht nur in Deutschland stark beeinflusst haben.

Dass nationale Akteure treibende Kräfte sowohl bei der Generierung von ‚vermarktlichenden' Urteilen wie auch bei ihrer späteren Umsetzung und Anwendung auf nationaler Ebene sind, widerspricht allerdings für sich genommen nicht dem starken Einfluss des EuGHs oder der supranationalen Ebene insgesamt: Denn genau dies war ja durch die Einführung des subjektiven Bieterschutzes von der Europäischen Kommission beabsichtig worden. Die ‚Mobilisierung ‚von unten' ist also gewissermaßen ‚von oben' eingefädelt worden. Die Errichtung von Instanzen auf nationaler Ebene, die die Anwendung europäischen Rechts *durchsetzen,* ist ein wichtiger, bislang wenig beachteter Mechanismus, mit dem das europäische Fallrecht einen „langen Schatten" (Schmidt 2018) auf die nationale Gesetzgebung wirft.

Allerdings ist in der Debatte auch umstritten, wie *kohärent marktliberal* die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs war und heute noch ist, und wie *effektiv* die juridische Europäisierung eine Angleichung von Gesetzen und Verwaltungspraxis in den Mitgliedsstaaten erzwingt – oder aber infolge von Nichtbeachtung (‚non-compliance') und Gegenmobilisierung politischer und zivilgesellschaftlicher Kräfte auf nationalstaatlicher Ebene in ihren Folgen abgeschwächt wird (u. a. Brenner et al. 2014; Martinsen 2015; Freedland und Prassl 2016; Blauberger und Schmidt 2017; Conant et al. 2018).

Diese Fragen werden im nächsten Kapitel noch weiter vertieft. Weitgehende Einigkeit besteht in der Literatur allerdings darüber, dass es im Bereich des Vergaberechts im Zuge der regulativen Nachverdichtung zu einer Zielverschiebung gekommen ist, durch die dem Wettbewerbsprinzip ein höheres Gewicht und eine andere Funktion zugesprochen wurde, als dies in den Anfängen der europäischen Vergabepolitik angelegt war (Sanchez-Graells 2011; Arrowsmith 2012; Kunzlik 2013). Wettbewerbsbeschränkende Vorgaben sollen nun selbst dann so weit als möglich unterbunden werden, wenn sie, wie im Falle einer Tariftreueklausel, für inländische und ausländische Bieter gleichermaßen gelten. Denn dies beschränkt gemäß der neuen Lesart die Freiheit einzelner Bieter, ihre Wettbewerbsvorteile auszunutzen, die sich auch aus einer niedrigeren Entlohnung, oder – im Falle von Auflagen zu umweltfreundlichen Produkten – aus kostengünstigeren Produktionsfaktoren ergeben können. Entsprechende ‚vergabefremde' (nun: weil freiheitsbeschränkende) Vorgaben sind daher nur in engen Grenzen zulässig. Über den *Schutz der Freiheitsrechte* des einzelnen Bieters hinaus wird

der freie Wettbewerb dabei, wie Kunzlik (2013) herausarbeitet,.in Übereinstimmung mit neoliberalen Dogmen als Garant für eine höhere *allokative Effizienz* betrachtet: Nur er gewährleistet ‚value for money', also den effizienten Einsatz öffentlicher Gelder.[23]

Umstritten ist in der rechtswissenschaftlichen Debatte allerdings, inwiefern diese Zielverschiebung, die auch in zahlreichen EuGH-Urteilen[24] zum Ausdruck kam, von den Vergaberichtlinien gedeckt sind und ob dies überhaupt in die Kompetenz der Europäischen Union fällt. So sehen manche Autoren im „Schutz des Vergabewettbewerbs als Institution" (Dreher 2007, RN 2) eine eigenständige Funktion des europäischen Vergaberechts, die über die bloße Sicherung des Marktzugangs für interessierte Bieter hinausgehe (s. auch Sanchez-Graells 2016). Es soll also weder nur den Interessen der Wirtschaft (Bieter) oder aber des Staates in seiner Position als Käufer dienen, sondern dem Schutz des Wettbewerbsprinzips selbst.

Demgegenüber sieht Arrowsmith weder in den europäischen Verträgen noch in den Vergaberichtlinien eine gesetzliche Grundlage, die es den europäischen Institutionen erlauben würde, den Mitgliedsstaaten die Organisation maximal wettbewerblicher Verfahren zur Effizienzsteigerung vorzuschreiben. Das Wettbewerbsprinzip besäße nachgeordnete Bedeutung und sei lediglich Mittel zum Zweck, nämlich die Diskriminierung von Bietern im europäischen Binnenmarkt zu verhindern. Die Priorisierung des Wettbewerbsprinzips "puts the cart before the horse (…), the purpose of the competitive procedures is to secure transparency to prevent discrimination, rather than transparency being required to secure competition in general." (Arrowsmith 2012, S. 26) (ähnlich Burgi 2018, § 6, RN 8–9).

---

[23] Explizit reflektiert diese Zielverschiebung das Grünbuch der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2011, welches die jüngste Vergaberechtsreform einleitete und das Ziel der Effizienzsteigerung bereits im Titel trägt („Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge"). Weiter heißt es dort im Text, dass die Anpassung des Vergaberechts an aktuelle Rahmenbedingungen (unter anderem „strenge Haushaltszwänge" nach der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008) dazu dienen müsse, eine Reihe „zusätzlicher Ziele" zu verwirklichen, die über die bisherigen Schwerpunkte der Richtlinien hinausgingen: „Zum einen ist die Effizienz der Allokation öffentlicher Gelder zu erhöhen. Dies bedeutet einerseits, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die bestmöglichen Ergebnisse anzustreben sind (optimales Preis-Leistungs-Verhältnis). Zur Erreichung dieses Ziels muss ein größtmöglicher Wettbewerb um die im Binnenmarkt zu vergebenden öffentlichen Aufträge gewährleistet sein. Die Bieter müssen Gelegenheit haben, unter gleichen Wettbewerbsbedingungen zu konkurrieren, und Wettbewerbsverzerrungen müssen vermieden werden" (Europäische Kommission 2011, S. 4).

[24] Siehe etwa die bei Arrowsmith (2012, S. 36 f.) und Sanchez-Graells (2016, S. 379) aufgeführten Beispiele.

Eine weitere Position nimmt schließlich Kunzlik (2013) ein, der mit der regulativen Nachverdichtung ebenfalls eine stärkere Ausrichtung des europäischen Vergaberechts an neoliberalen Theoremen einhergehen sieht, zugleich aber auf die diesbezügliche Inkohärenz in den bestehenden Richtlinien und Rechtsprechung verweist. In einer Reihe von Urteilen habe der EuGH im Laufe der 1990er und 2000er Jahre deutlich restriktivere Interpretationen der Europäischen Kommission im Hinblick auf die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen zugunsten ‚vergabefremder' Ziele zurückgewiesen (s. Kap. 4).

Auf diese Konflikte um den Einzug ‚vergabefremder' Ziele – im Englischen auch ‚horizontal policies' oder ‚strategic goals' genannt – geht das folgende Kapitel noch näher ein. Hier ist zunächst festzuhalten, dass mit der regulativen Verdichtung nicht allein das ursprüngliche Ziel der Marktzugangsöffnung für ausländische Bieter konsequenter durchgesetzt wurde, sondern dabei zugleich weitergehende marktliberale Ausdeutungen Eingang in die Rechtsprechung und die Detailregeln fanden. Dies hat wiederum Auslegungskonflikte sowohl in der rechtswissenschaftlichen Debatte wie auch zwischen den Akteuren auf supranationaler Ebene hervorgerufen. Diese Auslegungskonflikte erstrecken sich auch auf die Zeit *nach* der jüngsten Reform der Vergaberichtlinien im Jahr 2014. Bezüglich des künftigen Stellenwerts des Wettbewerbsprinzips sehen die oben zitierten Kontrahenten in den neuen Vergaberichtlinien jeweils eine Bestätigung ihrer jeweiligen Auslegung: So leisten die neuen Vergaberichtlinien nach Auffassung von Burgi einen Beitrag zur „Wiederentdeckung des Zwecks der erfolgreichen Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts" (Burgi 2018, § 6, RN 7). Demgegenüber hält Sanchez-Graells daran fest, "that competition remains the main consideration in public procurement and that the pursuit [of] any horizontal policies (…) need to respect the requirements of undistorted competitive tendering." (Sanchez-Graells 2016, S. 377).[25]

Damit stehen sich recht unterschiedliche Einschätzungen gegenüber: Hat die letzte Reform die Ausrichtung am „Basiszweck" der Vergabe gestärkt, oder das Ziel, einen unverzerrten Wettbewerb zu gewährleisten, oder hat sie vor allem die Tür für soziale und andere ‚horizontale' Ziele geöffnet, wie ein guter Teil der Literatur betont (s. das folgende Kapitel)? Aus soziologischer Perspektive lässt sich dieser rechtswissenschaftliche Dissens zunächst als Indiz dafür interpretieren, dass das europäische Vergaberecht offenbar erheblichen Raum für

[25] Sanchez-Graells stützt sich dabei unter anderem auf "Article 18(1) of Directive 2014/24, whereby '[t]he design of the procurement shall not be made with the intention. of artificially narrowing competition'" (Sanchez-Graells 2016, S. 379).

widerstreitende Deutungen lässt, auch nach der Reform der jüngsten Vergaberichtlinien. Die oben zitierten vereindeutigenden Interpretationen sind insofern auch als diskursive strategische Handlungen zu verstehen, die die Deutungshoheit für die Rechtsauslegung in der Vergabepraxis und bei der gesetzlichen Umsetzung und Weiterentwicklung zu erlangen suchen. Der rechtliche Rahmen für diese Deutungskonflikte ist aber ganz offensichtlich durch eine *Gleichzeitigkeit* von Vermarktlichung und gegenläufigen Entwicklungen geprägt. Die Institutionalisierung des Wettbewerbsprinzips ist insofern ein wichtiger, aber nicht der einzige Trend, der die Rahmenbedingungen der Auftragsvergabe prägt.

3.6 Fazit: Vermarktlichung im Modus der Verrechtlichung

Insgesamt wurde die öffentliche Auftragsvergabe auf gesetzlicher Ebene seit dem Ende der 1980er Jahre stärker verrechtlicht und auf diesem Wege zugleich vermarktlicht, also stärker als zuvor am Ziel ausgerichtet, den Bieterwettbewerb von Beschränkungen zu befreien – je nach Sichtweise als Selbstzweck („Wettbewerb als Institution“) oder als Mittel zum Zweck für die Gleichbehandlung ausländischer Bieter, oder für die kostengünstigere Beschaffung öffentlicher Güter und Dienstleistungen. Dass sich die Vermarktlichung im Modus der Verrechtlichung vollzog, unterstreicht die in jüngerer Zeit vermehrt thematisierte Rolle von Akteuren, Doktrinen und Verfahren des Rechtssystems bei der marktliberalen Ausrichtung von nationaler, europäischer und internationaler Politik (u. a. die Beiträge in Golder und McLoughlin 2017; Brabazon 2018). **Zugleich bestätigt diese Entwicklung, dass die Vermarktlichung keineswegs eine regulative Verschlankung, sondern im Gegenteil mit einer erheblichen regulativen Verdichtung und Erweiterung um Akteure einhergeht, die über die Einhaltung des verdichteten Regelungswerks wachen.** Erneut unterstreicht dies, dass Vermarktlichung „institutionally thick“ (Greer und Doellgast 2017, S. 195) ist. Sie führt dadurch paradoxerweise auch nicht zur Entbürokratisierung, sondern im Gegenteil zu erheblich höheren Transaktionskosten; insbesondere zu einem höheren Planungsaufwand für die Verwaltungspraxis, wie noch im zweiten Teil des Buches zu sehen sein wird.

Es wäre aber zu kurz gegriffen, die stärkere Vermarktlichung von Vergaberecht und -praxis allein auf Impulse von europäischer Ebene zurückzuführen – ganz abgesehen davon, dass diese Impulse ‚von oben‘ zum Teil, wie gesehen, auch ‚von unten‘ mobilisiert wurden. Denn weitgehend unabhängig von den spezifischen europäischen Vergaberichtlinien hatte sich die Auftragsvergabe zum

niedrigsten Preis in vielen Mitgliedsstaaten zu einem wichtigen Mittel entwickelt, um knapper werdende Haushaltsmittel einzusparen. So führte die britische Regierung, die in vielen Feldern als Vorreiterin der neoliberalen Wende agierte, ab 1980 in mehreren Schritten für ihre Kommunen das „Compulsory Competitive Tendering“, also die Ausschreibungspflicht für kommunal verantwortete Dienstleistungen ein. In Deutschland bestand zwar keine Ausschreibungs*pflicht*, sondern nur ein *Vorrang* der öffentlichen Ausschreibung im Falle einer externen Vergabe. Auch hier griffen Kommunen und andere öffentliche Auftraggeber jedoch seit den 1970er Jahren zunehmend zum Outsourcing, und zwar mit dem primären Ziel der Einsparung von Haushaltsmitteln, beginnend insbesondere mit Dienstleistungen, die nicht zu Kernfunktionen des öffentlichen Sektors gezählt wurden, wie Reinigungsdienstleistungen, Großküchen oder Sicherheitsdienstleistungen (u. a. Mayer-Ahuja 2003; Stienen 2011). Auch wenn in Deutschland das Wirtschaftlichkeitsprinzip keineswegs zur Wahl des billigsten Anbieters verpflichtete, konnte es im Bereich dieser wenig komplexen Dienstleistungen die Wahl des niedrigsten Preises sehr wohl legitimieren. Dies umso mehr, als die finanziellen Handlungsspielräume der Kommunen ab den 1980er Jahren durch Verschuldung und sinkende Steuereinnahmen zusehends eingeschränkt wurden und das Ziel der Haushaltskonsolidierung vielerorts in den Vordergrund trat. Sinkende Einnahmen gingen ihrerseits auch auf die Steuersenkungen ab Mitte der 1980er Jahre zurück, mit denen die Regierung Kohl in den „weltweiten Steuersenkungswettbewerb“ (Ganghof 2004, S. 69 ff.; s. auch Uhl 2008) eintrat. Unterstützt und legitimiert wurde ein kostenbewussteres Ausgabeverhalten der Kommunen ab den 1990er Jahren zudem durch die betriebswirtschaftlich geprägte Reorganisation der öffentlichen Verwaltung gemäß den Prinzipien des New Public Management beziehungsweise des Neuen Steuerungsmodells (NSM) (u. a. Bogumil 2014; Schedler und Pröller 2009). Schließlich haben sich die Rahmenbedingungen auch ganz wesentlich mit dem Umbruch in Osteuropa und der nachfolgenden Marktöffnung für Unternehmen aus den Transformationsländern verändert. Diese haben den Bieterwettbewerb um neue Unternehmen mit deutlich kostengünstigeren Lohnstrukturen erweitert – in Deutschland zunächst durch neue Unternehmen in den ostdeutschen Bundesländern, die entweder nicht tarifgebunden waren oder an einen Tarifvertrag mit niedrigeren Entgelten.

Ein Teil des Wandels ist also gar nicht durch veränderte gesetzliche Rahmenbedingungen und durch neue Einschränkungen der Ermessensspielräume zu erklären, sondern durch (auch politisch induzierte) Sparzwänge, die zu einer vermehrten *Nutzung* bestehender Spielräume zur Vergabe nach dem niedrigsten Preis führte – die es wie gesehen auch im alten Haushaltsrecht gab – sowie durch *veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen,* die die

Vergabe nach dem niedrigsten Preis erleichtert und in ihren Auswirkungen intensiviert haben.

Dennoch stellt die vermarktlichende Verrechtlichung einen folgenreichen Richtungswechsel dar. Für einen Teil des juristischen Schrifttums verband sich mit der Einbettung des Vergaberechts in das Wettbewerbsrecht zugleich die Erwartung, damit einem anderen Trend Einhalt gebieten zu können, nämlich dem ‚Wildwuchs' vergabefremder Zwecke, der in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre in Deutschland unter anderem bereits zahlreiche Tariftreuebestimmungen in den Vergabeordnungen von Bund und Ländern hervorgebracht hatte (ausführlich Riese 1998, S. 235–243). Das neue Vergaberecht, so Dörr (2017, RN 12), setze der Verfolgung wirtschafts-, struktur-, umwelt- oder sozialpolitischer Ziele bei der öffentlichen Auftragsvergabe, kurz „dieser Instrumentalisierung, die heute gern als ‚strategische Beschaffung' bezeichnet wird, Grenzen und lenkt das staatliche Steuerungsverhalten in rechtsstaatliche Bahnen." Ähnlich weist Rittner (1999, S. 677) darauf hin, dass es bei der Ausgestaltung des neuen Teils des GWB der Intention des deutschen Gesetzgebers entsprach, „den Wildwuchs der ‚sozialen Belange' namentlich auf Landesebene zu steuern".

Wie die nachstehende Analyse zeigt, war und ist diese Erwartung berechtigt – wenn auch nur teilweise: **Die Verrechtlichung hat den Einzug ‚vergabefremder' Zwecke ins Vergaberecht überlagert und geprägt, aber nicht verhindert – mit dem Ergebnis eines ‚institutional layering'.**

Literatur

Alter, K. J. (2001). *Establishing the supremacy of European law. The making of an international rule of law in Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Arrowsmith, S. (2006). The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code? *Public Contract Law Journal*, *35*(3), 337–394.

Arrowsmith, S. (2012). The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *14*, 1–47.

Biebricher, T. (2017). The rise of juridical neoliberalism. In B. Golder & D. McLoughlin (Hrsg.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age* (S. 97–115). London: Routledge.

Bieling, H.-J. (2007). Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung. In S. Buckel & A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis* (S. 143–160). Baden-Baden: Nomos.

Blauberger, M. & Schmidt, S. K. (2017). The European Court of Justice and its political impact. *West European Politics*, *40*(4), 907–918.

Bogumil, J. (2014). 20 Jahre Neues Steuerungsmodell – Eine Bilanz. In Wiechmann, Elke/Bogumil, Jörg (Hrsg.), *Arbeitsbeziehungen und Demokratie im Wandel. Festschrift für Leo Kißler* (S. 41–58). Nomos.

Bovis, C. (2007). *EU public procurement law*. Cheltenham: Edward Elgar.

Bovis, C. (2016). Judicial activism and public procurement. In C. Bovis (Hrsg.), *Research handbook on EU public procurement law* (S. 325–351). Cheltenham: Edward Elgar.

Brabazon, H. (Hrsg.). (2018). *Neoliberal legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*. London: Routledge.

Brenner, N., Peck, J. & Theodore, N. (2014). New constitutionalism and variegated neoliberalization. In S. Gill & A. C. Cutler (Hrsg.), *New Constitutionalism and World Order* (S. 126–142). Cambridge: Cambridge University Press.

Bundesregierung (2017): Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017. Berlin.

Burgi, M. (2018). *Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung* (2. Aufl.). München: C.H. Beck.

Burgi, M. (2019). Die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern. *VergabeR – Vergaberecht*, *16*(2a), 253–260.

Conant, L., Hofmann, A., Soennecken, D. & Vanhala, L. (2018). Mobilizing European law. *Journal of European Public Policy*, *25*(9), 1376–1389.

Deutscher Bundestag (2015): *Reform der Struktur des Vergaberechts. Für und Wider des Kaskadensystems* (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags, WD 7 – 3000 – 015/15). Berlin.

Dörr, O. (2017). Vorbemerkung vor § 97 GWB. In M. Burgi & M. Dreher (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil* (3. Aufl.) (S. 105–112). München: C.H. Beck.

Dreher, M. (2007). Vorbemerkung Vor §§ 97ff. In U. Immenga & E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht* (4. Aufl.) (S. 2277–2366). München: C.H. Beck

Dreher, M. (2021). Vorbemerkung Vor §§ 97ff. GWB. In U. Immenga & E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht, Bd. 4: Vergaberecht* (6. Aufl.) (S. 1–244). München: C.H. Beck.

Europäische Kommission (2006). Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02). *Amtsblatt der Europäischen Union, 1.8.2006*, C179/2-C 179/7.

Europäische Kommission (2011). *Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge.* KOM (2011) 15. Brüssel

Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb [FIW] (Hrsg.) (1984): Der Staat als Wettbewerber und Auftraggeber privater Unternehmen. Köln: Carl Heymanns.

Forsthoff, E. (1963). *Der Staat als Auftraggeber. Unter besonderer Berücksichtigung des Bauauftragswesens.* Stuttgart: Kohlhammer.

Frank, K. M. (2000). *Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union.* Berlin: Duncker & Humblot.

Freedland, M. R. & Prassl, J. (Hrsg.). (2016). *Viking, Laval and beyond*. Oxford: Hart Publishing.

Ganghof, S. (2004). *Wer regiert in der Steuerpolitik? Einkommensteuerreform zwischen internationalem Wettbewerb und nationalen Verteilungskonflikten.* Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2003 u.d.T.: Ganghof, Steffen: Parties, power and progressivity. Frankfurt am Main: Campus.

Gill, S. & Cutler, A. C. (2014). New constitutionalism and world order. In S. Gill & A. C. Cutler (Hrsg.), *New Constitutionalism and World Order* (S. 1–22). Cambridge: Cambridge University Press.

Gill, S. (1998). European governance and new constitutionalism : Economic and Monetary Union and alternatives to disciplinary neoliberalism. *New Political Economy*, *3*(1), 5–26.

Gill, S. (2002). Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations. *International Studies Review*, *4*(2), 47–65.

Golder, B. & McLoughlin, D. (Hrsg.). (2017). *The Politics of Legality in a Neoliberal Age.* London: Routledge.

Graser, A. (2019). Strategic Litigation – oder:Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann. *Rechtswissenschaft*, *10*(3), 317–353.

Grau, U. (2004). *Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge.* Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2001. Frankfurt am Main: Lang.

Greer, I. & Doellgast, V. (2017). Marketization, inequality, and institutional change: Toward a new framework for comparative employment relations. *Journal of Industrial Relations*, *59*(2), 192–208.

Grimm, D. (2015). The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case. *European Law Journal*, *21*(4), 460–473.

Huerkamp, F. & Kühling, J. (2011). Primärrechtsschutz für Unterschwellenvergaben aus Luxemburg? *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, *30*(23), 1409–1414.

Kelemen, R. D. (2011). *Eurolegalism. The transformation of law and regulation in the European Union.* Cambridge: Harvard University Press.

Kraus, P. (2020). GWB § 130 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen. In *Vergaberecht. Kommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Teil 4, Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit, Verordnung über die Vergabe von Konzessionen, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Unterschwellenvergabeordnung, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste : Kommentar*, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. München: C.H. Beck.

Kunzlik, P. (2013). Neoliberalism and the European Public Procurement Regime. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *15*, 283–356.

Lehmbruch, G. (1977). Liberal Corporatism and Party Government. *Comparative Political Studies*, *10*(1), 91–126.

Martinsen, D. S. (2015). Judicial Influence on Policy Outputs? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union. *Comparative Political Studies*, *48*(12), 1622–1660.

Matthey, P. (1998). Renaissance des Vergaberechts? In C. Reichel (Hrsg.), *Beiträge zum deutschen und europäischen Energierecht. Varia; Festschrift für Professor Dr. jur. Jürgen F. Baur zum 60. Geburtstag* (S. 41–54). Baden-Baden: Nomos.

Mayer-Ahuja, N. (2003). *Wieder dienen lernen? Vom westdeutschen „Normalarbeitsverhältnis" zu prekärer Beschäftigung seit 1973.* Berlin: Ed. Sigma.

Möller, K. (2009). Progressiver Konstitutionalismus oder marktliberale Rechtsstaatlichkeit? Zur Unbestimmtheit der Globalverfassung. *Kritische Justiz*, *42*(3), 239–252.
Müller-Wrede, M. (Hrsg.). (2016). *GWB. Kommentar*. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
Pünder, H. (2019). GWB, § 98. Historische Entwicklung vom institutionellen zum. In H. Pünder & M. Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht. GWB – VgV – VSVgV – SektVO – VOL/A – VOB/A – VOF – Haushaltsrecht – Öffentliches Preisrecht* (3. Aufl.) (RN 7–11). Baden-Baden: Nomos
Quack, S. & Djelic, M. L. (2005). Adaptation, Recombination, and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe. In W. Streeck & K. A. Thelen (Hrsg.), *Beyond continuity. Institutional change in advanced political economies* (S. 255–281). Oxford: Oxford University Press.
Rechten, S. (2014). Der Auftraggeberbegriff im Wandel. *NZBau 15*(11) 667–672.
Riese, C. (1998). *Vergaberecht. Grundlagen – Verfahren – Rechtsschutz*. Berlin, Heidelberg, s.l.: Springer Berlin Heidelberg.
Rittner, F. (1999). Die „sozialen Belange" i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, *10*(22), 677–680.
Roth, F. (2013). Private Projektgesellschaften als öffentliche Auftraggeber? *NZBau*, 685–688.
Sánchez Graells, A. (2011). *Public procurement and the EU competition rules*. Oxford, Portland, Or: Hart Publishing.
Sanchez-Graells, A. (2016). Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? *European Public Law*, (2), 377–394.
Scharpf, F. (2010). The asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a 'social market economy. 211–250. *Socio-Economic Review*, *8*(2).
Schedler, K. & Proeller, I. (2009). *New Public Management* (3., vollst. überarb. Aufl.). Bern: Haupt.
Schmidt, S. K. (2018). *The European Court of Justice and the policy process. The shadow of case law*. Oxford: Oxford University Press.
Schmoller, G. (1906). Das Verhältnis der Kartelle zum Staat. In Verein für Socialpolitik (Hrsg.), *Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik am 27. und 28. September 1905 in Mannheim* (S. 237–271). Leipzig.
Stienen, L. (2011). *Privatisierung und Entstaatlichung der inneren Sicherheit – Erscheinungsformen, Prozesse und Entwicklungstendenzen*. Zugl.: München, Techn. Univ., Diss., 2010. Frankfurt, M.: Verl. für Polizeiwiss. Lorei.
Stone Sweet, A. (2004). *The judicial construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.
Thelen, K. (2020). Employer Organization and the Law: American Exceptionalism in Comparative Perspective. *Law and Contemporary Problems*, *83*(2), 23–48.
Treumer, S. & Werlauff, E. (2003). The Leverage Principle: Secondary Community Law as a Lever for the Development of Primary Community Law. *European law review*, (1), 124–133.
Uhl, S. (2008). *Die Transformation nationaler Steuersysteme in der Europäischen Union*. Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2007. Frankfurt am Main: Campus.
Weiler, J. (1991). The Transformation of Europe'. *Yale Law Jounal*, *100*(8), 2403–2483.

Wind, M. (2010). The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review. *Journal of Common Market Studies*, *48*(4), 1039–1063.

4 Sozialpolitisierung: Der Einzug von sozialen Kriterien ins Vergaberecht

Die stärkere Akzentuierung des Wettbewerbsprinzips wurde von Beginn an durch Konflikte und zum Teil gegenläufige Entscheidungen begleitet, welche um die Frage kreisten, inwieweit die Verfolgung von sogenannten ‚sekundären', ‚horizontalen', ‚strategischen' Zielen oder Nachhaltigkeitszielen[1] im Rahmen der wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Aufträgen zulässig sei. Die Befürworter*innen einer ökologisch und sozial nachhaltigen Auftragsvergabe haben zwar mit der letzten europäischen Vergaberechtsreform (2014) und ihrer Umsetzung in nationales Recht (in Deutschland: 2016) nach einem weithin geteilten Konsens einen wichtigen Etappensieg errungen. Das Ringen um den Stellenwert von Nachhaltigkeitszielen ist aber bis heute nicht zum Abschluss gekommen.

Die Konfliktlinie verlief dabei keineswegs allein zwischen europäischer Ebene und den Mitgliedsstaaten. Vielmehr waren auf beiden Seiten europäische Institutionen, politische und gesellschaftliche Akteure innerhalb der Mitgliedsstaaten und auch transnationale Akteure involviert, und der Konflikt wurde sowohl auf der Ebene der europäischen als auch der nationalen Gesetzgebung und Rechtsprechung geführt. Um diese Konflikte und Konfliktlösungen an den verschiedenen Schauplätzen des europäischen Mehrebenen-Systems soll es nun in diesem Kapitel gehen. Die Analyse gibt sowohl Aufschluss über den aktuellen Stand der ‚Sozialpolitisierung' der Auftragsvergabe auf gesetzlicher Ebene, als auch über die zugrundeliegenden Ursachen und Dynamiken, die zu diesem Ergebnis geführt

[1] Im Folgenden verwenden wir als Oberbegriff für soziale und ökologische Zwecke den Ausdruck Nachhaltigkeitsziele; für Ziele, die sich auf Arbeitsbedingungen und Arbeitsmarktzugang benachteiligter Gruppen bei der Herstellung der beschafften Produkte und Dienstleistungen beziehen, verwenden wir den Ausdruck ‚soziale Ziele' oder ‚soziale Kriterien'. Das Ziel der Mittelstandsförderung, dass mitunter auch unter dem Ausdruck „strategische Ziele" subsumiert wird, bleibt in beiden Definitionen ausgeklammert.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'? Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung*,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_4

haben. Die Frage nach den Triebkräften für die Gesetzesentwicklung, wie auch die nach den Ergebnissen berühren dabei den Kern einer umfassenden rechts- und politikwissenschaftlichen Debatte zum Einfluss der europäischen Rechtsprechung auf die Politik der Mitgliedstaaten. Diese hilft auch die Entwicklungen in der Vergabepolitik zu verstehen. Daher geht der nachfolgende Abschnitt zunächst auf diese Debatte ein, bevor wir uns der eigenen Analyse der vergabepolitischen Gesetzgebung auf europäischer Ebene (s. Abschn. 4.2. und 4.3) und auf nationaler Ebene (s. Abschn. 4.4.) zuwenden.

4.1 Juridische Europäisierung und Gegenbewegungen – Thesen und Befunde zum Einfluss des Europäischen Gerichtshofs

Die Forschung zur (top-down-)Europäisierung durch das europäische Sekundärrecht befasst sich bereits seit längerem mit Ausmaß, Formen und Ursachen von ‚Non-Compliance' bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationale Gesetze und bei der effektiven Anwendung und Durchsetzung dieser Gesetze (u. a. Falkner et al. 2009; Thomson 2010; Thomann und Sager 2017). Ähnliches gilt in jüngerer Zeit für die juridische Europäisierung, also für die Änderungsimpulse, die von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf Basis des europäischen Primärrechts einhergehen. Wie oben gesehen, ist diese auch für das Vergaberecht von hoher Bedeutung. In der Literatur stehen sich dabei verschiedene Sichtweisen zur Autonomie des EuGHs und zu seinem Einfluss auf die Gesetzgebung gegenüber.

Ein Teil der Literatur unterstreicht, dass und wie die Rechtsprechung des EuGH auf direkte und indirekte Weise die Gestaltungsfreiheit von europäischen und nationalen Gesetzgebern beschränkt – etwa darüber, dass die Rechtsprechung in nachfolgenden europäischen Richtlinien kodifiziert wird, dass sie die Rechtsprechung nationaler Gerichte bindet, oder dass die von den Urteilen erzeugte rechtliche Unsicherheit nationale Gesetzgeber zu Gesetzesänderungen in ‚vorauseilendem Gehorsam' oder im Gegenteil zum Verzicht auf geplante Gesetzesanpassungen bewegt (Blauberger 2014; Blauberger und Schmidt 2017; Schmidt 2018; Höpner und Schmidt 2020). Damit wendet sich die Argumentation auch gegen die ‚intergouvernementalistische' Sichtweise, dass die Rechtsprechung des EuGHs ihrerseits die Interessen der Mitgliedsländer widerspiegelt, auch weil sie deren Fähigkeit zur Nicht-Befolgung (‚non-compliance') politisch unerwünschter Urteile oder zur Überschreibung (‚override') ihrer Urteile durch Änderungen der europäischen Verträge oder der Sekundärrichtlinien antizipiert (Conant 2002;

Carruba et al. 2012; Larsson und Naurin 2016). Die Quasi-Konstitutionalisierung der europäischen Verträge, wie auch die Mehrheitserfordernisse für gemeinsame Entscheidungen, lasse jedoch, so die Gegenargumentation, den Mitgliedstaaten faktisch kaum Spielraum, die Gerichtsurteile zu ignorieren oder zu überschreiben (Scharpf 2010; Stone Sweet und Brunell 2012; Blauberger und Schmidt 2017). Selbst wo einzelne Urteile zum Zeitpunkt ihrer Entstehung kompatibel mit den Interessen der Mitgliedsstaaten sein mögen, entfalten sie über die genannten Mechanismen auch Langzeitwirkungen und werfen so einen „langen Schatten" auf die nationale und supranationale Gesetzgebung (Schmidt 2015, 2018).

Demgegenüber haben andere Studien verschiedene Formen der Gegenwehr und Ausweichbewegungen in Reaktion auf Entscheidungen des EuGHs identifiziert, die sich zum Teil auch im Zwischenbereich von ‚Kodifizierung', ‚Non-Compliance' oder ‚Überschreibung' bewegen (Martinsen 2015; Hofmann 2018). Diese Strategien im Zwischenraum von Abwehr und ‚Eins-zu-eins'-Umsetzung zielen darauf, die realen Auswirkungen kontroverser EuGH-Urteile einzudämmen. So argumentiert Martinsen, dass auch für die Variante der Kodifizierung auf europäischer Ebene hohe institutionelle Hürden – in Gestalt von Mitspracherechten von Kommission, Rat und Europäischem Parlament – zu überwinden sind (Martinsen 2015, S. 1635; s. auch Wincott 2001). Ihrer empirischen Analyse zufolge lassen sich daher die gesetzlichen Folgen von zahlreichen EuGH-Urteilen eher dem Muster der ‚Modifizierung' zuordnen, bei der das neue Gesetz nur partiell dem Urteil folgt, „in the continuous attempt to maintain national control and decide on the balance between social rights and free market" (Martinsen 2015, S. 1647). In ähnlicher Weise beschreibt Hofmann verschiedene Formen des Widerstands „below the threshold of non-compliance", mit denen es den Mitgliedstaaten gelingt, die Wirkung umstrittener Urteile auf einem Niveau zu halten "to what national policy-makers would find an acceptable level" (Hofmann 2018, S. 270). In dieser Perspektive liegt das Augenmerk daher auch in hohem Maße auf den Akteuren und Interessenkonstellationen auf nationaler Ebene, die die gesetzlichen Reaktionen beeinflussen und zum Teil erhebliche Policy-Varianz zwischen den Mitgliedsstaaten hervorbringen.

Allerdings haben auch die Arbeiten, die den Einfluss des Europäischen Gerichtshofs höher gewichten, eine Reihe von Anpassungsreaktionen identifiziert, die jenseits von Kodifizierung, Nicht-Befolgung und Überschreiben liegen – etwa kompensatorische Maßnahmen, um die ursprünglichen politischen Ziele mit anderen, europarechtlich kompatiblen Mitteln weiterzuverfolgen (ausführlich Schmidt 2018, S. 197 ff.; s. auch Blauberger 2012, 2014). Zudem heben auch diese Arbeiten hervor, dass und wie Eigeninteressen von Europäischer Kommission und Akteuren auf nationaler Ebene als Filter bei der Anpassung von europäischer

und nationaler Politik an das europäische Fallrecht wirken (s. auch Schmidt 2012; Seikel 2015).

Die Ansätze weisen daher mehr Gemeinsamkeiten auf, als die oftmals kontrastierende Darstellung beider Ansätze in der Literatur vermuten lässt. Dies veranschaulicht auch unsere eigene nachfolgende Analyse zur Sozialpolitisierung der Vergabepolitik auf europäischer und nationaler Ebene. Sie trägt zudem dazu bei, Verbindungslinien zwischen beiden Ansätzen aufzuzeigen, indem sie illustriert, dass der „lange Schatten" des europäischen Fallrechts (Schmidt 2015) einerseits die nachfolgende Gesetzgebung auf europäischer und nationaler Ebene substantiell beschränkt hat, *zugleich* aber auch die Herausbildung genuiner Gesetzesinnovationen unterstützt hat, die sich aus diesem Schatten heraus bewegen, und die ihrerseits wieder Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Gesetzgebung haben (s. auch Refslund et al. 2020). Um die Dialektik dieser Entwicklung vollständig zu erfassen und ihre Hintergründe zu verstehen, ist die von Susanne Schmidt entwickelte Langzeitperspektive mit ihrer Unterscheidung indirekter und direkter Effekte des europäischen Fallrechts hilfreich. Sie bedarf jedoch der Erweiterung um Eigendynamiken des politischen Wettbewerbs sowie, jedenfalls im Falle der Vergabepolitik, der Auseinandersetzungen in den traditionellen Arenen der industriellen Beziehungen.

4.2 Kodifizierung von Kompromissen: Europäische Vergaberichtlinien und der ‚lange Schatten' der EuGH-Rechtsprechung

Die sukzessive Öffnung der europäischen Vergaberichtlinien für soziale Kriterien begann Ende der 1980er Jahre und folgte zunächst weitgehend dem Muster der *Kodifizierung,* wie sie von der Literatur zur juridischen Europäisierung beschrieben wurde. Allerdings mit zwei Besonderheiten, wie wir im Folgenden zeigen: nämlich erstens, dass die EuGH-Rechtsprechung eine solche Öffnung zugunsten von Nachhaltigkeitszielen unterstützt und in dieser Hinsicht damit nicht Motor, sondern *Bremse* noch marktliberalerer Auslegungen der EU-Verträge durch die Europäische Kommission und andere Akteure ist. Und zweitens, als Folge dessen, dass die Reformen der neuen Vergaberichtlinien in den Jahren 2004 und 2014 einen *Kompromiss kodifizieren* zwischen den beiden widerstreitenden Positionen und eine einseitige Ausrichtung an Marktöffnung und Wettbewerbsprinzip damit korrigieren – die inhaltliche Richtung der Kodifizierung ist hier also eine andere.

In einer Reihe von Urteilen hatte sich der Europäische Gerichtshof seit dem Ende der 1980er Jahre mit der Zulässigkeit von ökologischen und sozialen Zwecken bei der öffentlichen Auftragsvergabe befasst:

- In seinem Urteil zur Rechtssache ‚*Beentjes*' (C-31/87) aus dem Jahr 1988 befand der EuGH erstmals Auflagen zur Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als grundsätzlich zulässig.
- In der Rechtssache ‚*Nord-Pas-de-Calais*' (C-225/98) aus dem Jahr 2000 erkannte der EuGH zudem ausdrücklich an, dass soziale Zwecke – in diesem Fall Maßnahmen zur Beschäftigungsförderung – auch als Zuschlagskriterien zulässig seien.
- In zwei weiteren Urteilen – Rechtssache ‚*Concordia Bus Finland*' (C-513/99) und ‚*Wienstrom*' (C-448/01) – stufte der EuGH zudem ökologische Auflagen und Kriterien als grundsätzlich zulässig ein.
- In einem späteren Urteil aus dem Jahr 2012 schließlich erweiterte der EuGH die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von ‚Fair-Trade'-Kriterien (Rechtssache ‚*Max Havelaar*', C-368/10).

Die Verfahren waren ihrerseits zum Teil von der Europäischen Kommission, zum Teil von einzelnen Unternehmen in verschiedenen europäischen Ländern initiiert worden, um entsprechende nachhaltigkeitsorientierte Vergabepraktiken in den Mitgliedstaaten zu Fall zu bringen.

Wenngleich der Europäische Gerichtshof in anderen Fällen auch explizite Grenzen für die Berücksichtigung sekundärer Ziele setzte (Barnard 2017, S. 2131 f.), hat er in den oben genannten Urteilen noch restriktivere Interpretationen der Vergaberichtlinien und des Primärrechts, wie sie von der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission vertreten worden waren, zurückgewiesen (Caranta 2010; Kunzlik 2013). So wendete sich der Gerichtshof in ‚*Concordia*' insbesondere gegen die Interpretation, dass zusätzliche Zuschlagskriterien jenseits des Preises nur zulässig seien, wenn diese einen direkten wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber mit sich bringen. Ebenso wies der Gerichtshof die Auffassung zurück, dass Leistungsbeschreibungen und Auswahlkriterien lediglich Anforderungen stellen dürften, die sich auf die Nutzungseigenschaften des Produktes oder der Dienstleistung bezogen, nicht auf den Produktionsprozess. Beide Klarstellungen erweitern die Möglichkeiten für die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Zwecke deutlich (Kunzlik 2013; Semple 2016, S. 58 ff.). Zugleich zog der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache ‚*Wienstrom*' mit dem Vorbehalt, die Kriterien müssten grundsätzlich mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (‚link to the subject matter')

eine wichtige Grenze ein, die für die weitere gesetzliche Entwicklung folgenreich sein sollte (Semple 2016, S. 58 ff.).

Es gehört somit zu den Paradoxien der Geschichte, dass die rechtlichen Verfahren, die von der Kommission zwecks Durchsetzung einer stärker wettbewerblichen Auftragsvergabe ins Leben gerufen wurden, auch der Verankerung ökologischer und sozialen Kriterien auf europäischer Ebene die Tür öffneten. Die „strategic litigation" (Kelemen 2011), mithilfe derer Kläger unter Berufung auf europäisches Recht bestehende wettbewerbsbeschränkende Regeln und Praktiken in den Mitgliedstaaten zu Fall bringen wollten, erwies sich damit als Bumerang. Mit Goethes ‚Zauberlehrling' formuliert, hat die Kommission mit dem Bieterschutz einen Geist gerufen, den sie nicht wieder los wurde, und der aus Sicht des Wettbewerbsschutzes mindestens zwiespältige Ergebnisse produzierte. Daher heben Sack und Sarter (2018a) in Abgrenzung zur These der juridischen Europäisierung durch den EuGH ‚von oben' hervor, dass die explizite Öffnung für soziale und ökologische Kriterien in dieser ersten Phase ein ‚bottom-up'-Prozess war: „local debates and practices proved to be of high importance in this field. (…) As these local practices of socially responsible public procurement became judicially contested by bidders they triggered the judicial assessment and balancing of norms by the superior judicative authority and initiated the opening up of public procurement to the inclusion of social considerations via case law." (Sack und Sarter 2018a, S. 379).

Gleichwohl waren die ‚bottom-up'-Initiativen dafür ganz wesentlich auf die Unterstützung durch den Europäischen Gerichtshof in Form einer entsprechenden Rechtsausdeutung angewiesen. Und in einem weiteren Punkt bestätigt auch diese Urteilsreihe den starken Einfluss des EuGHs: Die erste große Reform der Vergaberichtlinien im Jahr 2004 (Richtlinie 2004/18/EG) kodifizierte explizit in Anlehnung an das Fallrecht die Möglichkeiten, soziale oder ökologische Zwecke mit der Auftragsvergabe zu verbinden. Die Kommission sah sich hier also nicht in der Lage, das unliebsame Fallrecht zu ignorieren. „Bestrebungen der Kommission, einer weiten Verfolgung von Sekundärzwecken zu begegnen, waren spätestens mit Einführung der Richtlinien überholt", so auch die Einschätzung von Beckmann (2013, S. 424). Auch in Deutschland habe dies für eine Klarstellung gesorgt. Hier war die Reichweite von ‚Sekundärzwecken' im Vergaberecht zuvor „u. a. mit europarechtlichen, kartellrechtlichen, verfassungsrechtlichen und beihilferechtlichen Argumenten bezweifelt" worden (Beckmann 2013, S. 424).

Mit der Umsetzung der Richtlinien in das deutsche Recht „ist der Streit zum Teil im Sinne der EuGH-Rechtsprechung beendet worden“ (ebd).[2]

Allerdings war damit noch lange kein grundlegender Richtungswechsel vollzogen, sondern allenfalls eine *Öffnung* für soziale Zwecke innerhalb des wettbewerbsrechtlichen Rahmens, bei dem der Schutz der vertraglichen Grundfreiheiten weiterhin Vorrang behielt (Sack und Sarter 2018a). Daran hatte auch der EuGH selbst in seinen wegweisenden Urteilen keine Zweifel gelassen (Barnard 2017; Caranta 2010, S. 19 ff.): Die Öffnung erfolgte explizit „vorbehaltlich (…) der Verbote, die aus den vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen“ (EugH-Urteil vom 20.9.1888 [Beentjes]), RN 20). Diesen Vorbehalt bekräftigte die Kommission, indem sie ihn an mehreren Stellen in der Präambel der Richtlinie von 2004 platzierte.

Die überarbeitete Richtlinie aus dem Jahr 2004 kodifizierte also lediglich einen *asymmetrischen Kompromiss.* Die Signale für die Mitgliedsstaaten und für die Vergabepraxis waren damit relativ diffus, sie ließen jedenfalls breite Interpretationsspielräume (s. auch Ludlow 2014). Akzentuiert wurde dies noch durch die Urteile des ‚Laval‘-Quartetts, mit denen der EuGH wie oben beschrieben den Grundfreiheiten noch höheres Gewicht beimaß. Dies mündete nicht nur in eine recht unterschiedliche Umsetzung der Vergaberichtlinien in den Mitgliedsstaaten, sondern auch in dem lauter werdenden Ruf nach mehr Rechtssicherheit und Vereinfachung. Dieser war schließlich eines der Motive für eine erneute Überarbeitung der Richtlinien, die im Jahr 2014 nach fast drei Jahren Verhandlungen verabschiedet wurde (Richtlinie 2014/24/EU).

Nach der Analyse von Sack und Sarter (2018a) verdrängte die weithin geteilte Wahrnehmung von Rechtsunsicherheit als drängendes Problem dabei die inhaltliche Auseinandersetzung zwischen konkurrierenden politisch-programmatischen Auffassungen zu den Zielen und Grundsätzen öffentlicher Auftragsvergabe. Dabei standen sich zunächst relativ klar abgrenzbare ‚policy frames‘ und dazugehörige Akteurskoalitionen gegenüber, die in der öffentlichen Debatte explizit unterschiedliche Positionen zur Legitimität von Nachhaltigkeitszielen in der Auftragsvergabe vertraten (Sack und Sarter 2018a, S. 375 ff.):

[2] Diese Möglichkeiten, die zuvor nicht explizit vorgesehen waren, wurden dabei in § 97, Abs 4 GWB durch folgende Ergänzung aufgenommen: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

- Zum einen ein „*market-oriented public goods and services delivery*" frame, der der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen ablehnend gegenüberstand und hinter dem sich wichtige nationale und europäische Unternehmensverbände versammelten.
- Zum zweiten ein „*state-oriented public goods and service delivery*'" frame, der der Zähmung des Bieterwettbewerbs vor allem zugunsten fairer Arbeitsbedingungen den Vorzug gab – unterstützt vor allem von Gewerkschaften, grünen und sozialdemokratischen Parteien, sowie NGOs.
- Drittens schließlich ein „*civil society-oriented delivery*" frame, dessen Kernforderung war, den Besonderheiten der sozialen Dienstleistungen und der in diesem Sektor tätigen gemeinnützigen Organisation durch weitreichende Ausnahmen und Sonderregelungen Rechnung zu tragen.[3]

Dennoch traten im Zuge der Reform Debatten über rechts-technische Detailfragen in den Vordergrund. Vorbehalte gegenüber Nachhaltigkeitszielen wurden auf diese Weise von Vertreter*innen des ‚marktorientierten' Deutungsrahmens eher in verdeckter Weise in die Debatte eingespeist und schließlich erfolgreich im Richtlinientext verankert. Eine solche zentrale, rechts-technische Barriere für Nachhaltigkeitskriterien ist dabei der ‚Bezug zum Auftragsgegenstand', auf den weiter unten noch einzugehen sein wird. Die Rechtsunsicherheit unterstützte damit Sack und Sarter zufolge die Entpolitisierung einer Debatte, die sich Vertreter*innen des ‚marktorientierten' Deutungsrahmens strategisch zunutze machen konnten. „While a political discourse on the desirability of social criteria was but a small part of the debate, the debate was mainly led as a (depoliticised) discourse on (legal) requirements set by the foundations of the single market." (Sack und Sarter 2018a, S. 383).

Erneut prägte demnach auch in dieser Reformetappe die Verrechtlichung, genauer die Rückbindung der Auftragsvergabe an das europäische Primärrecht, die Sozialpolitisierung. Dies lässt sich dabei auf den ersten Blick als Bestätigung von Culpeppers These zum marktliberalen Bias von entpolitisierten, technokratischen Verhandlungen (Culpepper 2011) lesen, bei denen sich gerade abseits des Lichts öffentlicher Aufmerksamkeit die Interessen mächtiger Wirtschaftsakteure durchsetzen. Hier soll jedoch die gegenteilige These vertreten werden: Auch wenn, wie Sack und Sarter zeigen, depolitisierende Argumentationsmuster

[3] Als vierte Position identifizieren Sack und Sarter (2018a) einen „*local autonomy*" frame, der vor allem höhere Entscheidungsspielräume für die kommunalen und regionalen Auftraggeber forderte, gegenüber sozialen und ökologischen Zielen aber weitgehend agnostisch blieb.

Eingang in die Debatte fanden und diese dominiert haben mögen, waren die Aushandlungen um das europäische Vergaberecht vergleichsweise stark politisiert, fanden also unter hoher Beteiligung von Parteien, Regierungen und Interessenverbänden statt und lösten die Richtlinie damit aus dem technokratischen Zugriff der Kommission. Wie van den Abeele (2014, S. 8) unterstreicht, war die Reform der Richtlinie seitens der Kommission ursprünglich vor allem zur Vereinfachung und Flexibilisierung von Vergabeverfahren (u. a. durch eine vollelektronische Abwicklung) eingeleitet worden, um auf diese Weise das Wirtschaftswachstum zu unterstützen. Den Befürworter*innen nachhaltiger Auftragsvergabe gelang es jedoch, diese Reform gegen erhebliche Widerstände für eine deutlich stärkere Öffnung des Sekundärrecht für Nachhaltigkeitsziele zu nutzen.

Die ausführliche Analyse von Semple (2018) zu dem zähen Ringen in der nahezu dreijährigen Verhandlungsphase verdeutlicht, dass dabei vor allem die verschiedenen Bezüge zu den sozialen Kriterien umstritten waren und der finale Text hier besonders weit von dem ursprünglichen Entwurf der Kommission abweicht. Die Konfliktlinien verliefen dabei auch zwischen den Mitgliedsstaaten. Frankreich und die skandinavischen Länder befürworteten eine stärkere Berücksichtigung sozialer Kriterien, während die Regierungen von Deutschland und Großbritannien dagegenhielten, ebenso wie einige der neuen osteuropäischen Mitgliedsländer (Semple 2018, S. 110–125). Auch die Mehrzahl der europäischen und nationalen Unternehmensverbände – darunter der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) oder der europäische Verband der Automobilindustrie (ACEA) – sprachen sich gegen die Ausweitung sozialer Kriterien aus. Zu der Allianz der Befürworter zählten zahlreiche Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen, einschließlich verschiedener transnationaler Netzwerke zur nachhaltigen Auftragsvergabe, wie die ‚Local Governments for Sustainability' (ICLEI), aber auch einzelne europäische Unternehmensverbände.[4] Sie fanden Gehör vor allem bei den grünen und linken Parteien des Europäischen Parlaments, die sich maßgeblich für die zahlreichen Änderungen des ursprünglichen Entwurfs einsetzten (Semple 2018, S. 131–153).

[4] So brachten die europäischen Dachverbände EFCI (Gebäudereinigung), FERCO (Catering) und CoESS (Sicherheitsdienstleistungen) mit ihren Sozialpartnern ein gemeinsames Positionspapier zur Modernisierung der europäischen Vergabepolitik heraus, in dem sie sich deutlich für die Einbeziehung sozialer Kriterien positionierten (UNI Europa et al. 2008). Ferner wendeten sich CoESS und UNI Europa (2014) in Bezug auf private Sicherheitsdienstleistungen mit einem „Bestbieter-Handbuch" explizit an öffentliche Auftraggeber, um diese Zielsetzung auch in der Praxis zu verfolgen (s. Abschn. 6.3.2.2).

Die beiden Deutungsrahmen, die der nachhaltigen Auftragsvergabe verpflichtet waren („state-oriented“ und „civil societey-oriented“, Sack und Sarter 2018a) hinterließen so im Ergebnis deutliche Spuren im finalen Richtlinientext:

- Eine wichtige Änderung ist, dass Mitgliedsstaaten nun verpflichtet werden, „geeignete Maßnahmen [zu treffen], um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind“ (Art. 18, Abs. 2). Der verpflichtende Charakter dieser Vorschrift, wie auch die explizite Bezugnahme auf Tarifverträge und internationale sozial- und arbeitsrechtliche Vorschriften war ein besonders umstrittener Punkt (Semple 2018, S. 147 ff.).
- Auf Basis dieser grundlegenden Klausel werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen eingehend zu prüfen und diese vom Verfahren auszuschließen, wenn die Prüfung ergibt, dass diese Preise nicht ohne Verstoß gegen die genannten Rechtsvorschriften zu halten sind (Art. 69, Abs. 3). Zudem müssen sie dafür Sorge tragen, dass auch Unterauftragnehmer die in Art. 18 (2) genannten Verpflichtungen einhalten. In dieser Prüfpflicht in Verbindung mit der grundlegenden Klausel sieht Van den Abeele (2014, S. 19) einen „quantum leap“ für die sozialverantwortliche Auftragsvergabe.
- Zudem sieht die Richtlinie nun nur noch den Zuschlag für das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ vor (Art. 67, Abs. 1). Der Zuschlag ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises wird nicht mehr aufgeführt – allerdings kommt dies lediglich einer semantischen Änderung gleich (Wiesbrock 2016, S. 85). Anders als vom Europäischen Parlament gefordert, ist die Vergabe nach dem niedrigsten Preis weiterhin möglich, da analog zur Wirtschaftlichkeits-Definition im deutschen Haushaltrecht (Maximal-/Minimal-Definition) das beste Preis-Leistungs-Verhältnis auch einzig auf Grundlage des Preises ermittelt werden kann. Die Richtlinie stellt es den Mitgliedsstaaten aber immerhin frei, den reinen Preiswettbewerb mit ihrer eigenen Gesetzgebung zu unterbinden.
- Ferner präzisiert die Richtlinie in den Art. 98 und 99 eine Reihe von möglichen Zuschlagskriterien (zur Bewertung der Angebote) und Ausführungsbedingungen (konkrete vertragliche Anforderungen), die soziale Aspekte betreffen: etwa Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben und die

Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, die Erfüllung der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit oder zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen bzw. Angehörigen sozial schwacher Gruppen.
- Schließlich wurden für soziale und andere besondere Dienstleistungen höhere Schwellenwerte und weitere Ausnahmen vom regulären Vergaberecht vereinbart – vor allem weitgehende Freiheiten der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung der konkreten Verfahrensregeln bei der Auftragsvergabe (Art. 74 bis Art. 76). Die Liste der besonderen Dienstleistungen ist dabei weit gefasst: Zu ihnen zählen auch die beiden Branchen, die im zweiten Teil dieses Buchs näher analysiert werden, nämlich Verpflegungsdienste für Schulen sowie Sicherheitsdienstleistungen. Zudem wurden die Möglichkeiten erweitert, Aufträge Integrationsunternehmen vorzubehalten (Art. 20). Damit haben hier auch zentrale Forderungen des ‚civil society-oriented' frame Eingang gefunden.

Insgesamt sind durch die Sozialpolitisierung der europäischen Vergabepolitik also durchaus substantielle Änderungen eingeführt worden. Allerdings bleiben die meisten dieser Regeln fakultativ, räumen also lediglich erweiterte Möglichkeiten der sozialen und ökologischen Auftragsvergabe ein (Wiesbrock 2016) – und kamen damit dem Wunsch der meisten Mitgliedsstaaten entgegen (Semple 2018, S. 130).

Darüber hinaus schränkt die Richtlinie die Ermessensspielräume der Mitgliedsstaaten insbesondere durch zwei Vorbehalte deutlich ein: Zum einen bekräftigt die Richtlinie das vom europäischen Fallrecht formulierte Prinzip, dass derartige Kriterien zwingend mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen (‚link to the subject matter') und sich nicht auf die allgemeine Unternehmenspolitik der beauftragten Unternehmen beziehen darf. Arbeitsstandards dürfen sich zum Beispiel also nur auf den Teil der Beschäftigten beziehen, der für den ausgeschriebenen Auftrag zum Einsatz kommt. Ein Unternehmen kann verpflichtet werden, diesen Beschäftigten für die Dauer der Ausführungs des Auftrags Tariflöhne zu bezahlen, jedoch darf nicht die Tarifbindung des Unternehmens als Ganzes Ausführungsbedingung, Eignungs- oder Zuschlagskriterium sein. Wie oben erläutert, hatte die Rechtsprechung des EuGHs zwar ein weniger enges Verständnis des Auftragsbezugs zugrunde gelegt als die Europäische Kommission, insofern die jeweils herangezogenen Kriterien sich nicht auf die Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken müssen, sondern sich beispielsweise auch auf die *Prozesse der Herstellung* beziehen können. Diese Öffnung hat die Richtlinie auch explizit kodifiziert (Art. 67 Abs. 3) und damit einerseits mehr Spielraum für soziale und ökologische Kriterien eröffnet (s. auch

Barnard 2017).[5] Andererseits hat, wie Semple (2016) herausgearbeitet hat, die Kommission im Gegenzug die Reform genutzt, um diesen Vorbehalt auf sämtliche Stadien des Vergabeprozesses auszudehnen (einschließlich Eignungskriterien, Leistungsbeschreibung, Ausführungsbedingungen), wohingegen er zuvor im europäischen Fallrecht nur in Bezug auf die Auswahlkriterien herangezogen worden war. „What we are faced with under the 2014 Directives then is a radical extension of the LtSM [link to the subject matter] requirement, apparently based upon the problematic reasoning put forward by the Commission in the Green Paper" (Semple 2016, S. 65). Im Grünbuch hatte die Kommission eben diesen Bezug zum Auftragsgegenstand explizit als geeignete Bremse für eine zu starke Priorisierung politischer Zwecke bezeichnet.[6]

Eine zweite wichtige Einschränkung stellt der Vorbehalt dar, dass die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Ziele im Einklang mit dem Unionsrecht und mit der Entsenderichtlinie angewandt werden müssen (Erwägungsgrund Nr. 37 der Richtlinie). Mit dieser Bezugnahme bekräftigt die Richtlinie indirekt die Beschränkungen, die mit dem ‚Rüffert'-Urteil ausbuchstabiert worden waren (Barnard 2017, S. 239). Konsequenterweise verzichtete die Richtlinie daher, anders als von Gewerkschaften und von Teilen des Europäischen Parlaments gefordert, auch auf eine Klarstellung, dass die ILO-Konvention Nr. 94 kompatibel mit der Europäischen Vergaberichtlinie sei. Diese ILO-Konvention aus dem Jahr 1949 sieht deutlich weitergehende Möglichkeiten für verbindliche Arbeitsstandards bei öffentlichen Aufträgen vor als die Entsenderichtlinie; sie verlangt von den unterzeichnenden Staaten, dass sie in Verträge mit beauftragten Firmen Klauseln aufnehmen, „die den beteiligten Arbeitnehmern Löhne (einschließlich Zulagen), eine Arbeitszeit und sonstige Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht weniger günstig sind als die Bedingungen, die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten" (ILO-Konvention 94, Art.2, Abs. 1). Durch den Verzicht auf die Klarstellung geraten diejenigen Mitgliedsstaaten, die die Konvention ratifiziert haben (15

[5] Mit der Umsetzung der Richtlinie in Deutschland wurde auch im GWB ein entsprechender Zusatz aufgenommen, der dieses erweiterte Verständnis des Auftragsbezugs kodifiziert. Hierzu heißt es in Art 127, Abs. 3 GWB: „Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken."

[6] „Die Verknüpfung zum Auftragsgegenstand gewährleistet, dass der eigentliche Erwerb im Mittelpunkt eines Verfahrens steht, bei dem Gelder des Steuerzahlers verwendet werden. Dies ist eine wichtige Garantie dafür, dass öffentliche Auftraggeber bei effizienter Nutzung öffentlicher Gelder das günstigste Angebot erhalten." (Europäischen Kommission 2011, S. 45).

europäische Länder, nicht jedoch Deutschland) potenziell in Konflikt mit europäischem Vergaberecht (Wiesbrock 2016, S. 83). Semple (2018, S. 105) sieht in der fehlenden Klarstellung zur ILO-Konvention und der lediglich impliziten Bezugnahme auf das ‚Rüffert'-Urteil in den Erwägungsgründen eine bewusste *Nicht-Entscheidung* und damit eine Vertagung des Konflikts, da zum Zeitpunkt der Reform zwar einige Mitgliedsstaaten mit dem ‚Rüffert'-Urteil unzufrieden waren, sich aber auch noch kein neuer Kompromiss, insbesondere zwischen alten und neuen Mitgliedstaaten, abzeichnete.

Insgesamt hat die jüngste Reform der Richtlinie damit in wichtigen Punkten Klarstellungen und Öffnungen vorgenommen für Ansätze einer sozialen und ökologischen Auftragsvergabe, die sich in den Mitgliedsstaaten ab den 1990er Jahren dynamisch entwickelt haben. Die beiden genannten Vorbehalte (Bezug zum Auftragsgegenstand, Verknüpfung mit Entsenderichtlinie) beschränken und verkomplizieren jedoch eine solche nachhaltige Auftragsvergabe weiterhin an vielen Stellen (Wiesbrock 2016; Semple 2016; Barnard 2017). Auch diese Richtlinie lässt sich daher als Kompromiss mit einer Schlagseite zugunsten des Wettbewerbsschutzes bezeichnen – dies gilt insbesondere mit Blick auf das Thema Arbeitsbedingungen. Mit den beiden Vorbehalten wird der Schatten, den die EuGH-Rechtsprechung auf die Umsetzung in den Mitgliedstaaten wirft, also verstetigt. Allerdings ist dieser Schatten noch weniger als zuvor konsistent marktliberal. Er wirft, wenn man im Bild bleiben will, nur ein diffuses Licht. Damit hat er Raum gelassen für eine weiterhin dynamische Gesetzesentwicklung auf europäischer und vor allem nationaler Ebene auch *nach* Abschluss der Reform. Mehr noch, er hat solche Entwicklungen durch den Verzicht auf eine explizite Klärung in entscheidenden Punkten – insbesondere im Hinblick auf das ‚Rüffert'-Urteil – sogar provoziert.

4.3 Politisierung der Rechtsprechung und der Nachhall von Staatsschulden- und Flüchtlingskrise

Mit den neuen Vergaberichtlinien ist die Entwicklung des europäischen Vergaberechts nicht, wie etwa Burgi (2018) annimmt, in eine Phase der Konsolidierung eingetreten. Zwar blieb das vergabepolitische *Sekundär*recht seitdem weitgehend unverändert, nennenswerte Neuerungen sind jedoch *außerhalb* der Vergaberichtlinien zu verzeichnen: Korrekturen in der EuGH-Rechtsprechung zu den Implikationen des Primärrechts und schließlich die Reform der Entsenderichtlinie im Jahr 2018 stellen weitere Etappen in einer Entwicklung dar, in deren Verlauf soziale Ziele in der Auftragsvergabe einen höheren Stellenwert erhalten.

Die Erklärung für diese jüngsten Dynamiken sind vor allem in drei separaten, genuin politischen Entwicklungen zu suchen: in der Politisierung der Rechtsprechung des EuGHs; in Lernprozessen innerhalb der gewerkschaftsseitigen transnationalen Interessenorganisation; und schließlich in der Revitalisierung der sozialen Dimension Europas. Wichtige Impulse für diese Entwicklungen gehen, wenn auch indirekt und mit zeitlichen Verzögerungen, auch von der europäischen Staatsschuldenkrise aus. Neben den langen Schatten des europäischen Fallrechts gesellt sich so der lange Schatten einer großen Krise des europäischen Integrationsprojekts.

Diese Entwicklung hebt den Konflikt zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeitszielen allerdings insgesamt nicht auf. Sie führt aber weg von der bislang dominanten, passiv-defensiven Eingliederungslogik sozialer Ziele, bei der diese unter den Vorbehalt von Wettbewerbszielen gestellt werden. Stattdessen trägt diese Entwicklung dazu bei, die *Ausbalancierung* beider Prinzipien als eigenständiges Ziel europäischer Politik zu verankern. Es kommt hier insofern zu einer *Institutionalisierung der Gleichzeitigkeit von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung*. Diese löst, wie beschrieben, den Grundsatzkonflikt nicht auf, verschafft aber auch nicht systematisch dem einen oder anderen Prinzip Oberhand, sondern verlagert den Interessenausgleich wieder stärker zurück auf die nationale Ebene.

4.3.1 Korrekturen in der EuGH-Rechtsprechung: ‚RegioPost' und ‚Elektrobudowa'

In Bezug auf soziale Kriterien sind es insbesondere zwei Urteile, mit denen der Europäische Gerichtshof eine partielle Abkehr von seiner vorherigen Rechtsprechung vollzog:

- In der Rechtssache ‚RegioPost' (C-115/14) aus dem Jahr 2015 wurde dem Gerichtshof eine Regelung zur Vorabentscheidung vorgelegt, zu der mehrere deutsche Bundesländer in Reaktion auf das ‚Rüffert'-Urteil gegriffen hatten, nämlich vergabespezifische Mindestlöhne. Diese wurden über die Landesvergabegesetze (hier: des Landes Rheinland-Pfalz) allen öffentlich beauftragten Unternehmen zur Auflage gemacht. Anders als im 'Rüffert'-Fall basierte die Lohnvorgabe damit, wie von der Entsenderichtlinie gefordert, auf einer gesetzlichen Grundlage. Der Fall teilte aber mit 'Rüffert' den Umstand, dass sich die Regelung lediglich auf öffentlich beauftragte Unternehmen bezog, und nicht auf alle Unternehmen, wie in Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie gefordert. Der Gerichtshof entschied dennoch gegen die Klage des unterlegenen Bieters,

dass eine solche Auflage zulässig sei. Er begründete seine Entscheidung damit, dass das Erfordernis, eine Regelung müsse für *alle* Unternehmen gelten, sich nur auf Tarifverträge, nicht auf Gesetze beziehe.

- In der Rechtssache 'Elektrobudowa' (C-396/13) schloss sich der EuGH im selben Jahr der Sichtweise einer finnischen Gewerkschaft an und entwickelte eine unerwartet weitreichende Definition des Begriffs ‚Mindestlohnsatz' in der Entsenderichtlinie. Die Entsenderichtlinie überließe es den Rechtsvorschriften der Mitgliedsländer, diesen Begriff genauer zu bestimmen und damit festzulegen, auf welche Entlohnungsbestandteile entsandte Beschäftigte zwingend Anspruch haben. Allerdings standen diese nationalen Entscheidungsspielräume ebenfalls unter dem primärrechtlichen Vorbehalt, dass sie keinen *unverhältnismäßigen* Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vornehmen dürften. Bis zum Urteil in der Rechtssache 'Elektrobudowa' war daher umstritten, wie weit der nationale Gesetzgeber auch ganze Tarifgitter und weitere Vergütungsbestandteile oberhalb von Basislöhnen auf entsandte Beschäftigte erstrecken konnte (Bayreuther 2015). In der Rechtssache 'Elektrobudowa' stand daher zur Debatte, ob dieser Begriff sämtliche Lohngruppen und Eingruppierungsvorschriften eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags umfasst, sowie weitere gesetzlich bzw. tarifvertraglich vorgeschriebene Lohnzulagen (u. a. Tagegeld, Wegezeiten-Entschädigung, bezahlter Urlaub). Der Gerichtshof bejahte dies. Zudem kam er zu dem Ergebnis, dass Unterbringungskosten zusätzlich zu zahlen seien, also nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden dürften.

Zwar vollziehen beide Urteile keinen offenen Bruch mit der vorherigen Rechtsprechung; vielmehr ist auch hier erkennbar, dass die Kontinuität zu den im vorhergehenden Fallrecht entwickelten Doktrinen ein wichtiges Prinzip der europäischen Rechtsprechung bleibt (Schmidt 2012; Caranta 2018). So unterstreicht das Urteil im Falle ‚RegioPost' die Unterschiede in den Sachverhalten zwischen dem ‚RegioPost'- und dem 'Rüffert'-Fall und hält damit implizit zugleich an den Beschränkungen für nicht-allgemeinverbindliche Tarifverträge fest (Garben 2017; Caranta 2018). Beide Urteile sind in der Fachliteratur und in der Politik dennoch als deutlicher Richtungswechsel bewertet worden (u. a. Bayreuther 2015; Pecinovsky 2016; weitere Beiträge in Sanchez-Graells 2018).

Dieser Richtungswechsel ist zum einen durch eine Veränderung im Rechtsrahmen zu erklären. Denn im Fall ‚Elektrobudowa' stützt sich der Gerichtshof zur Begründung seiner Entscheidung in mehreren Punkten auf die EU-Grundrechtecharta, die nach langer Wartezeit gemeinsam mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Dezember 2009 Rechtskraft erlangte. Bis dahin

waren diese Grundrechte lediglich nicht-bindendes ‚Soft Law‘ in Form der ‚Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer‘ von 1989. Mit der Grundrechtecharta erhalten nun auch soziale Rechte von Arbeitnehmer*innen – etwa das Recht auf bezahlten Jahresurlaub oder das Recht zur kollektiven Interessenvertretung – verfassungsähnlichen Stellenwert (Fornasier 2015; Conant et al. 2018; Garben 2020).[7] Neben die Konstitutionalisierung der vier Grundfreiheiten des Binnenmarktes tritt auf diese Weise die *Konstitutionalisierung sozialer Rechte* der Arbeitnehmer*innen. Dies führt zu einer Konkurrenz oder zumindest Pluralisierung von Rechtsquellen, die der Europäische Gerichtshof zu berücksichtigen hat. Diese Pluralisierung von Rechtsquellen ist allerdings bis heute unvollständig geblieben (Robin-Olivier 2018), wie sich auch an der Reform der Entsenderichtlinie zeigt (s. Abschn. 4.3.2).[8]

Neben der Pluralisierung der Rechtsquellen ist der Richtungswechsel jedoch auch Ergebnis einer veränderten *Auslegung* des bestehenden Primär- und Sekundärrechts. So re-interpretierte der Gerichtshof die Zwecksetzung der Mindestlohnvorgaben der Entsenderichtlinie als eine doppelte (Bayreuther 2015, S. 352): Bislang hatten die Urteile des EuGHs diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur insoweit für europarechtskonform eingestuft, als sie dem Schutz der *entsandten Beschäftigten* dienten. Die Urteilsbegründung im Fall ‘Elektrobudowa’ sieht jedoch auch die Sicherstellung eines „lauteren Wettbewerbs“ zwischen inländischen und entsendenden Unternehmen als Ziel dieser Mindeststandards an. Auf dieser Grundlage lassen sich auch höhere Lohnvorgaben rechtfertigen, die einen wirksameren Schutz gegen einen ‚unlauteren‘ Unterbietungswettbewerb bieten.

[7] Diese Quasi-Konstitutionalisierung *nicht-ökonomischer* Rechte von EU-Bürger*innen ist gleichwohl keine neue Entwicklung. Der EuGH tritt damit neben den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), bei dem es bereits zuvor auf Basis der Europäischen Menschenrechtskonvention möglich war, individuelle Grundrechte einzuklagen. Zudem hatte auch der Europäische Gerichtshof bereits vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta zahlreiche Urteile, gestützt auf die Freizügigkeitsrechte von Unions-Bürger*innen und auf die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung, gefällt. Anders als Caporasow und Tarrow (2009) sieht Scharpf (2010) darin aber nur eine Ausweitung der liberalisierenden Stoßrichtung des europäischen Fallrechts zugunsten nicht-ökonomischer, „mobility-enhancing“ Zwecke. „But that should not be interpreted as progress towards the social embeddedness of the European economy or as the judicial recognition of the values of social solidarity” (Scharpf 2010, S. 222; ähnlich Höpner und Schäfer 2010).

[8] Unberücksichtigt blieb auch die weitergehende Forderung von Seiten des Europäischen Gewerkschaftsbundes (ETUC 2008) und eines Teils der Literatur, eine ‚Soziale Fortschritts-Klausel‘ in den AEUV-Vertrag selbst einzuführen, der im Konfliktfall den Vorrang der sozialen vor den ökonomischen Grundrechten festschreiben sollte.

Den Hintergrund für diesen Gesinnungswandel sehen Beobachter in der umfangreichen Kritik, auf die die enge Auslegung der Entsenderichtlinie im ‚Laval'-Quartett gestoßen ist, sowohl von politischer Seite wie auch von Seiten der eigenen Zunft: „[I]t would appear that the Court, on the receiving end of much criticism from the political sphere but equally from its own quarters, acknowledged the limitations of its previous judgements" (Picard und Pochet 2018, S. 4). Tatsächlich stellt Garben (2017, S. 33) zu Recht fest, dass die kritischen Kommentare zum ‚Laval'-Quartett Bibliotheken gefüllt haben. Ähnlich sieht Semple in der Kritik durch die Mitgliedsstaaten – die diese durch schriftliche Stellungnahmen im Rahmen der Gerichtsverfahren äußern können – und durch die eigene professionelle Community einen Korrekturmechanismus, der wie im Falle 'RegioPost" zu einer Anpassung der Rechtsprechung führen kann: „What follows in these situations is criticism, rather than sanctions from member states. One or several judges on the Court will then adjust their views, and aim to convince their colleagues. This process takes place behind closed doors; it may be immediate or gradual over many years and subsequent cases." (Semple 2018, S. 169). Neben den Mitgliedsstaaten und der eigenen Zunft ist schließlich auch die kritische Medienberichterstattung eine dritte Quelle für Feedback, das den EuGH fallweise zum Einlenken bewegt (Blauberger et al. 2018) und die auch im Falle ‚RegioPost' und ‚Elektrobudowa' ihre Wirkung entfaltet hat (Blauberger und Martinsen 2020, S. 393 ff.).

Die massive Kritik von verschiedenen Seiten stufen Blauberger und Martinsen als Indiz für eine generelle Politisierung – im Sinne erhöhter öffentlicher Aufmerksamkeit und Kritik – der Rechtsprechung des EuGHs ein (Blauberger und Martinsen 2020). Die de-politisierende Wirkung der Integration durch Recht, die Burley und Mattli (1993) auf den Begriff vom Recht als ‚Maske und Abwehrschild' („mask and shield") brachten, hat sich demnach im Laufe der Zeit erschöpft, weil die Auswirkungen der kontroversen Urteile des EuGHs sowohl den gesetzgebenden Institutionen wie auch einer breiteren Öffentlichkeit zunehmend bewusstgeworden sind und Gegenwehr hervorrufen. Der Europäische Gerichtshof sei sich dieser kritischen Reaktionen zunehmend bewusst und berücksichtige sie in seiner Rechtsprechung (Blauberger und Martinsen 2020, S. 395 f.). Das sei insbesondere bei solchen Fragen der Fall, die einmal grundlegend politisiert wurden und die dem Gerichtshof in unterschiedlichen Fallkonstellationen wiederkehrend zur Entscheidung vorgelegt werden. In diesen Fällen verlieren die rechtlichen Verhandlungen und Argumentationen im Gerichtshof die Aura des Unpolitischen.

4.3.2 Die Reform der Entsenderichtlinie

Eine dieser grundlegend politisierten Fragen, die dem Gerichtshof in einer Reihe von Fällen vorgelegt wurden, ist eben die Frage nach der Balance zwischen der Dienstleistungsfreiheit entsendender Firmen, den Interessen entsandter Beschäftigter und dem Schutz der Arbeitsmärkte im aufnehmenden Land vor ‚Sozial-Dumping'. Diese Frage hatte die Entsenderichtlinie von 1996 in Form eines Kompromisses beantwortet; die Antwort ließ aber, wie gesehen, erhebliche Interpretationsspielräume zu und führte zu wiederkehrenden Auseinandersetzungen vor dem EuGH. Kern dieser Auseinandersetzungen sind nicht allein vertikale Verteilungskonflikte (zwischen Kapital und Arbeit), sondern auch horizontale Verteilungskonflikte zwischen ‚Hochlohn'- und ‚Niedriglohn'-Ländern der EU. Im Zuge der Verhandlungen um die erste Entsenderichtlinie 1996 verlief der Konflikt dabei in erster Linie zwischen alten Mitgliedsstaaten und den südeuropäischen Beitrittsländern (Griechenland, Portugal, Spanien), in den nachfolgenden Reformen zwischen den osteuropäischen Beitrittsländern und den westeuropäischen Ländern (Eichhorst 2000; Bernaciak 2015b).

Der Grundsatzkonflikt zwischen freiem Wettbewerb und der sozialen Einbettung von Märkten hat im Laufe der schrittweisen Erweiterung der EU (Südeuropa; Osteuropa) und der damit verbundenen höheren wirtschaftlichen Heterogenität zwischen den Ländern also auch eine territoriale Dimension erhalten, der die Konflikte auf europäischer Ebene so vielschichtig macht und eine Einigung erschwert (Scharpf 2010). Auch die transnationale Interessenaggregation auf Seiten der Gewerkschaften stellt dies vor Herausforderungen. Denn wo illegitimes ‚Sozialdumping' aufhört und legitime Teilhabeinteressen von Unternehmen und Beschäftigten aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau anfangen, dazu gehen auch unter den Beschäftigtenvertreter*innen der verschiedenen Länder die Sichtweisen mitunter auseinander (Bernaciak 2015b und weitere Beiträge in Bernaciak 2015a).

Es handelt sich also um einen Langzeitkonflikt, der die Erweiterung und Intensivierung des europäischen Integrationsprojektes seit Anfang der 1990er Jahre begleitet hat und der, wie im Falle der Vergabepolitik, auch über den eigentlichen Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie hinaus seine Wirkung entfaltet hat. Nachdem zwei Reformvorschläge gescheitert waren (die sogenannte Monti-II-Richtlinie aus dem Jahr 2012) bzw. lediglich verbesserte Möglichkeiten zur Durchsetzung der bestehenden Bestimmungen mit sich brachten (sog. Durchsetzungs-Richtlinie aus dem Jahr 2014), ist es im dritten Anlauf mit der 2018 verabschiedeten Reform der Entsenderichtlinie zu einer Neujustierung in Bezug auf den Kernkonflikt gekommen. Die neue Richtlinie ist insgesamt deutlich stärker dem Grundsatz des ‚Equal Pay' verpflichtet (s. ausführlich zu den

Änderungen Riesenhuber 2018, 2020; Franzen 2019). Vergaberechtlich relevant sind dabei insbesondere zwei Änderungen:

- Zum einen wird der Begriff des ‚Mindestlohnsatzes' durch den Begriff der ‚Entlohnung' ersetzt und damit die zulässigen Entgelte, die auf entsandte Beschäftigte erstreckt werden können, deutlich erweitert. Damit kodifiziert die Richtlinie weitgehend die Rechtsprechung des EuGHs im Fall 'Elektrobudowa'. Zwar bleibt die genaue Festlegung der erstreckten Arbeitsbedingungen weiterhin Angelegenheit der Mitgliedsstaaten und der nationalen Tarifpartner. Ähnlich wie die Vergabe-Richtlinie enthält die Entsenderichtlinie also im Wesentlichen Kann-Bestimmungen und verweist die Entscheidung über die Ausbalancierung verschiedener Interessen damit an die nationale Arena. Die Richtlinie erweitert aber die nationalen Spielräume, indem sie den Kreis der explizit zulässigen ‚Einschränkungen der vertraglichen Grundfreiheiten' weiter zieht als zuvor.
- Insbesondere für Länder wie Deutschland ist relevant, dass nun nicht mehr nur allgemeinverbindliche Tarifverträge erstreckt werden können, sondern auch „allgemein wirksame" Tarifverträge, sowie Tarifverträge, „die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen" (Art 3, Abs. 8). Auch wenn umstritten ist, wie weit diese Formulierung die Tür für nicht-allgemeinverbindliche Tarifverträge tatsächlich öffnet, hat sie in Deutschland zu erneuten Reformvorschlägen zur Verankerung konstitutiver Tariftreueregelungen Anlass gegeben (s. Abschn. 4.4).

Dass dieser neue Kompromiss zustande kam, ist insofern bemerkenswert, als der Reformvorschlag anfänglich auf massiven Widerstand von nahezu allen osteuropäischen Mitgliedsländern traf. Diese versuchten mit dem selten genutzten ‚Yellow Card'-Verfahren, den Richtlinien-Entwurf zu Fall zu bringen. Die Überwindung dieser Blockade im Langzeitkonflikt lässt sich nur durch genuin politische Dynamiken und Lernprozesse erklären, die sich erst über einen längeren Zeitraum entwickelt haben.

Das ist zum einen die oben angesprochene Politisierung der ‚Integration durch Recht' und ihre Rückwirkung auf die Rechtsprechung des EuGHs. Zwar gilt auch für die überarbeitete Entsenderichtlinie, dass sich hier mittelbar der lange Schatten der marktliberalen Konstitutionalisierung niederschlägt (Lubow und Schmidt 2021). Denn die Pläne des Europäischen Parlaments, die neue Entsenderichtlinie auf eine doppelte Rechtsgrundlage zu stellen, nämlich sie zusätzlich zu den

ökonomischen Grundfreiheiten auch mit den sozialen Zielen der EU (Art 151 und 153 AEUV) zu begründen, scheiterten. Dadurch sollte vermieden werden, dass der EuGH in künftigen Urteilen das ‚Equal-Pay'-Prinzip erneut den im Vertrag verankerten wirtschaftlichen Grundfreiheiten unterordnen würde. Auch auf Betreiben der Rechtsdienste der Kommission – deren Rolle eine eigene Untersuchung wert wäre – blieb es jedoch bei den wirtschaftlichen Grundfreiheiten als alleiniger Rechtsgrundlage (Lubow und Schmidt 2021). Damit wurden die Ausgestaltungsspielräume für die nationalen Gesetzgeber wieder erheblicher Rechtsunsicherheit unterworfen. Die Entscheidungen des Gerichtshofs im Nachgang zur Entsenderichtlinie – die Regierungen von Ungarn und Polen hatten nach ihrer Verabschiedung Nichtigkeitsklagen beim EuGH eingereicht – lassen sich insofern als Testfall für die Macht des Europäischen Gerichtshofs und die Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten begreifen:

> „Should the Court validate the reform, the case would show the ability of the legislature to overcome existing judicial constitutional constraints. (…) Should the Court invalidate the compromise found by the EU legislators in extending their control on posted workers, then the significance of the Court and over-constitutionalization would find a new source of confirmation." (Lubow und Schmidt 2021, S. 332).

Wie sich Ende 2020 herausstellte, haben diese ‚Testfälle' tatsächlich den Richtlinien-Kompromiss bestätigt; beide Nichtigkeitsklagen sind vom Europäischen Gerichtshof zurückgewiesen worden.[9] Die Urteilsbegründungen sehen das Ziel der neuen Entsenderichtlinie darin, dass diese „den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage wahren [soll], indem sie den Schutz der entsandten Arbeitnehmer insbesondere dadurch sicherstellt, dass auf diese alle durch den Aufnahmemitgliedsstaat zwingend vorgeschriebenen, die Entlohnung ausmachenden Bestandteile Anwendung finden" (EuGH Urteil vom 8.12.2020 zu Rechtssache C 626/18). Damit bleibt zwar der Schutz der entsandten Beschäftigten der Maßstab für den Verhältnismäßigkeitstest, und nicht der Schutz der Arbeitsmärkte in den Zielländern der Entsendung. Dieser Schutz wird jedoch im Sinne des ‚Equal-Pay'-Prinzips verstanden. Insofern verstetigen diese Urteile, wie auch die Richtlinie selbst, den Richtungswechsel in der Rechtsprechung des EuGHs, der sich seinerseits nur als Reaktion auf die oben skizzierte Politisierung der Rechtsprechung verstehen lässt.

Daneben sind es aber auch zwei weitere längerfristige politische Dynamiken, die hier gewissermaßen ihren Schatten geworfen haben. Dies sind zum

[9] s. EuGH-Urteile vom 8.12.2020 in der Rechtssache C-626/18 (Ungarn) und C620/28 (Polen).

einen *Lernprozesse bei der trans- und supranationalen Interessenorganisation* auf Seiten der Gewerkschaften. Während Seeliger und Wagner (2018) noch in Zusammenhang mit der sogenannten Durchsetzungs-Richtlinie (2014) analysierten, dass und warum es misslang, nationale und sektorale Divergenzen innerhalb der Gewerkschaften zu überbrücken, ist dies im Zusammenhang mit der neuen Entsenderichtlinie offenbar gelungen (Furaker und Larrsson 2020). Dabei wurde nicht nur innerhalb des Gewerkschaftslagers eine gemeinsame Position entwickelt, sondern auch koordiniert an ihrer Durchsetzung gearbeitet: Eine Lobbying-Kampagne des Europäischen Gewerkschaftsbundes in Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften der zentral- und osteuropäischen Länder trug nach Einschätzung von Picard und Pochet (2018) mit dazu bei, die Regierungen einiger Mitgliedsländer umzustimmen, die zu Beginn gegen die Richtlinie gestimmt hatten (s. auch Bjelinski und Žeravčić 2020 für Kroatien).

Schließlich kommt bei der Reform der Entsenderichtlinie auch eine *(Re-) vitalisierung der sozialen Dimension Europas* zum Tragen, die unter anderem mit der Verabschiedung der ‚Europäischen Säule sozialer Rechte' im Jahr 2017 zum Ausdruck gebracht wurde. Zumindest ein Teil der Literatur sieht darin den Beginn einer neuen, deutlich aktiveren Phase der europäischen Sozialpolitik (Vanhercke et al. 2020; Vesan et al. 2021). Die europäische Kommission unter der Präsidentschaft von Jean-Claude Juncker leitete diese Revitalisierung auch in Antwort auf den Vertrauensverlust ein, der der europäischen Politik im Gefolge der Staatsschuldenkrise ab 2008, der Flüchtlingskrise 2014/2015 und dem Erstarken rechts-populistischer, europakritischer Parteien in zahlreichen Mitgliedsstaaten entgegenschlug. Dabei hatte die Staatsschuldenkrise zunächst den gegenteiligen Effekt. Während die nationale Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik zuvor in erster Linie unter dem Vorbehalt stand, die *Wirtschaftsunion* (ökonomische Grundfreiheiten) nicht gefährden zu dürfen, gerieten die wohlfahrtsstaatlichen Systeme der Mitgliedsländer mit der Staatsschuldenkrise nun zusätzlich stärker unter den Vorbehalt, die *Währungsunion* nicht gefährden zu dürfen. Die Auflagen der Troika aus EU, EZB und IWF und das neue fiskal- und wirtschaftspolitische Instrumentarium der EU (u. a. Europäisches Semester, SixPack, Europäischer Fiskalpakt) sahen insbesondere für die von der Schuldenkrise stark betroffenen südeuropäischen Länder starke Einschnitte auch für ihre Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik vor (u. a. Lehndorff 2014; Menz und Crespy 2015; Erne 2015). Die Wiederbelegung der sozialen Dimension auf supranationaler Ebene ist insofern auch als Gegenbewegung zur „spaltenden Integration" (Lehndorff 2014) durch das europäische Krisenmanagement zu verstehen.

Insofern hat auch das europäische Krisenmanagement im Gefolge der Schuldenkrise ähnlich wie das Laval-Quartett einen langen und mit der Zeit diffuseren

Schatten geworfen. Es hat Entwicklungen (mit-)angestoßen, die am Ende auf eine Korrektur der einseitig ökonomischen Integration hinausliefen. Das gilt zumindest für die Entsenderichtlinie. Der neue Anlauf für die Reform der Entsenderichtlinie, wie auch die letztliche Einigung, wurden von den Entscheidungsträgern auch als Signal für ein stärkeres soziales Europa unterstützt (Picard und Pochet 2018; Lubow und Schmidt 2021, S. 332).

Offen ist darüber hinaus aber, welche Wirkungen die Entsenderichtlinie selbst entfaltet. Dies hängt, wie bereits oben angesprochen, maßgeblich von ihrer Umsetzung in den Mitgliedsstaaten ab. Denn die Reform der Entsenderichtlinie hat, wie zuvor schon die Reform der Vergaberichtlinie, in erster Linie den Mitgliedstaaten mehr Möglichkeiten eingeräumt, die ökonomischen Grundfreiheiten zugunsten sozialer Zwecke einzuhegen. Die negative Integration durch die marktliberale Europäisierung ‚von oben' wurde also nicht durch positive Integrationsschritte in Form gemeinschaftsweit geltender Standards ersetzt, sondern durch eine Rückübertragung von Entscheidungen an die Mitgliedsstaaten korrigiert. Wie ‚sozial' Europa ist, hängt also noch mehr als zuvor von den Entscheidungen ‚unten' ab. Um diese Entscheidungen soll es nun im letzten Abschnitt gehen.

4.4 Vergabepolitik in Deutschland: Schauplatz und Vehikel für den Wandel der industriellen Beziehungen

Bislang wurde bereits deutlich, dass von Deutschland starke Impulse für die europäische Rechtsprechung ausgingen. Deutsche Gerichte haben den Europäischen Gerichtshof wiederholt zu Entscheidungen veranlasst, die ihre Wirkung auch deutlich über Deutschland hinaus entfaltet haben. Und umgekehrt haben diese Fälle auch die Gesetzesentwicklung in Deutschland, wie in vermutlich kaum einem anderen europäischen Land, beeinflusst. Das ‚Rüffert'-Urteil hatte zahlreiche Bundesländer nach 2008 zu einer Aufgabe oder zumindest zu substanziellen Einschränkungen ihrer Tariftreuegesetze veranlasst. Die gesetzlichen Folgen des ‚Rüffert'-Urteils in Deutschland werden daher in der Debatte zur juridischen Europäisierung häufig als Beispiel herangezogen – allerdings sowohl von denen, die darin einen Beleg für den starken Einfluss des EuGHs erkennen (Blauberger 2012, 2014), als auch von denen, die auf die Grenzen dieses Einflusses verweisen (Hofmann 2018). Die Gesetzesanpassungen nach ‚Rüffert' seien in Deutschland lediglich erfolgt, um die Gesetze gerichtsfest zu machen, also vor künftigen Eingriffen zu bewahren und auf diese Weise die ursprünglichen Regulierungszwecke so weit als möglich zu erhalten, so Hofmann (2018, S. 268). Demgegenüber sieht Blauberger in den Gesetzesreformen das Bemühen,

die Kosten der Rechtsunsicherheit in Gestalt drohender weiterer Urteile abzuwenden. Daher seien in vorauseilendem Gehorsam umfassende Reformen umgesetzt worden "to avoid endless conflicts" (Blauberger 2014, S. 470).

Der Unterschied zwischen beiden Interpretationen verschwimmt so am konkreten Fall. Er besteht im Wesentlichen darin, ob diese Art der ‚präventiven Gesetzgebung' („preemptive legislation"), die weitere Eingriffe des Gerichts zu vermeiden sucht, als „particularly strong examples of ECJ legislative influence" (Blauberger und Schmidt 2017, S. 912) bewertet wird oder als „more covert patterns of pushback" (Hofmann 2018, S. 721) gegen die Rechtsprechung des EuGHs. Die Fokussierung auf den Umgang mit dem ‚Rüffert'-Urteil lässt jedoch beide Interpretationen einen wichtigen Punkt übersehen: Die ‚präventive Gesetzgebung' nach ‚Rüffert' war Teil eines umfassenderen Politikwandels, nämlich die *Hybridisierung des deutschen Systems der Lohnfindung,* also die staatliche Stützung und Ergänzung kollektivvertraglich vereinbarter Tarifnormen, welche Bosch und Weinkopf (2013, S. 399) bezogen auf Deutschland bereits im Jahr 2013 von einem „Hybridmodell" der Lohnsetzung sprechen ließ.

Dieser übergreifende Politikwandel hat auch die Antworten auf ‚Rüffert' geprägt. Weder schirmen die neuen Gesetze daher die ursprünglichen regulatorischen Zwecke nur gegen neue Eingriffe von oben ab oder versuchen, den gleichen Zweck mit anderen Mitteln zu erreichen, noch setzen sie schlicht das europäische Fallrecht um. Vielmehr haben sich hier *neuartige* (Teil-)Lösungen herausgebildet für einen Grundsatzkonflikt, der zeitlich und sachlich deutlich über die Konflikte um Tariftreueregelungen hinausreicht – nämlich der Konflikt um die Frage, wie mit der nachlassenden Kraft des traditionellen Repertoires zur kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes und der daraus resultierenden Verbreitung von prekärer Arbeit, Niedriglöhnen und stagnierenden Löhnen umzugehen ist. Um den vergabepolitischen Teil dieses Konflikts zu verstehen, muss daher auch dieser erweiterte Kontext einbezogen werden. Von größter Bedeutung sind bis heute vor allem die Wechselwirkungen mit den Entscheidungen und Konflikten zum staatlichen Mindestlohn.

Zum besseren Verständnis dieses erweiterten Kontextes erläutert die untenstehende Übersicht kurz die verschiedenen lohnpolitischen Instrumente, um die es im Folgenden geht, und die zu einer Hybridisierung der Lohnsetzung in Deutschland beitragen. Wie dieses erweiterte Repertoire an Lohnstandards entstanden ist, und welche Rolle es aktuell spielt, wird dann anschließend behandelt. Die Übersicht in Tab. 4.1 verdeutlicht, dass das deutsche System der Lohnsetzung neben rein kollektivvertraglichen Standards mittlerweile auch rein staatlich gesetzte Standards (allgemeiner Mindestlohn, vergabespezifischer Mindestlohn) wie auch Mischformen – wie die allgemeinverbindlichen Tarifverträge oder die konstitutiven Tariftreueregelungen – enthält.

Tab. 4.1 Übersicht: Elemente einer ‚Hybridisierung' der Lohnsetzung in Deutschland

Rechtsgrundlagen der Entlohnung

Kollektivvertrag — **Staatlicher Akt**

allgemeine Instrumente der Lohnsetzung

nicht-allgemeinverbindlicher Tarifvertrag (TV)
Vertrag zwischen Tarifparteien; unmittelbarer Geltungsbereich: Mitglieder der Tarifparteien

allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn
Gesetzlich festgelegte absolute Lohnuntergrenze für alle abhängig Beschäftigten

Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag (ATV)
Ausdehnung des Geltungsbereichs des TV durch Erstreckung per Verordnung oder Gesetz auf alle Beschäftigten und Unternehmen eines Wirtschaftszweigs

Branchenmindestlohn
Erstreckung des untersten Tariflohns (und ggf. eines zweiten Ecklohns für qualifizierte Tätigkeiten) eines TV auf alle Beschäftigten und Unternehmen eines Wirtschaftszweigs

vergabespezifische Instrumente

deklaratorische Tariftreue
*Gesetze oder Verordnungen, die bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die Anwendung von ATV oder Branchenmindestlöhnen vorschreiben, welche auch ohne dies bereits Rechtswirkung besitzen**

konstitutive Tariftreue
Vorgaben durch Gesetze oder Verordnungen, die bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die Anwendung von Bestimmungen eines TV vorschreiben, welche ohne dies keine allgemeine Rechtswirkung besitzen

vergabespezifischer Mindestlohn
Gesetzlich festgelegtes Mindest-Stundenentgelt für alle abhängig Beschäftigten von Unternehmen, die mit der Durchführung eines öffentlichen Auftrags beauftragt werden

Quelle: Eigene Zusammenstellung

* Der Nutzen besteht hier neben der symbolischen Signalwirkung (qua gesetzlicher Bekräftigung einer tarifvertraglichen Norm) darin, dass solche Vorgaben auch privatrechtlich in den Verträgen zwischen öffentlichem Aufraggeber und beauftragtem Unternehmen abgesichert werden. Dadurch entstehen zusätzliche Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten (v.a. Sonderkündigungsrecht, Vertragsstrafen, oder Ausschluss von künftigen Ausschreibungen).

4.4.1 Tariftreuegesetze vor und nach ‚Rüffert': Wechselnde Allianzen und Zielverschiebung

Seit Mitte der 1990er Jahre haben eine Reihe von Bundesländern Tariftreueklauseln in das Vergaberecht eingefügt – zunächst auf dem Verordnungsweg (Riese 1998, S. 235), ab 1999 dann, beginnend mit Berlin, in landeseigenen Vergabegesetzen. Adressat der Regelungen war dabei primär die Baubranche, auf die als Einzelbranche der größte Anteil des öffentlichen Auftragsvolumens entfällt. Später schlossen einige Tariftreuegesetze auch andere Branchen, insbesondere den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) ein. Wie verschiedene Studien herausgearbeitet haben, war der Entstehungskontext für diese Tariftreueregelungen in erster Linie das Lohngefälle zwischen ost- und westdeutschen Bundesländern, aufgrund einer deutlich geringeren Tarifbindung und niedrigerer Tariflöhne ostdeutscher Unternehmen (Bosch et al. 2011). Dies erklärt, warum Tariftreuegesetze vom westdeutschen Baugewerbe unterstützt und in den westdeutschen Bundesländern verabschiedet wurden, nicht aber[10] in den ostdeutschen Bundesländern (Schulten und Pawicki 2008; Sack 2010; Seikel 2014). Der Interessenkonflikt zwischen west- und ostdeutschen Bauunternehmen und ihre politische Verlängerung in Gestalt der Tariftreueregelungen entsprach damit im innerdeutschen Maßstab dem Konflikt zwischen ost- und westeuropäischen Ländern im Rahmen der Entsenderichtlinie.

Der Konflikt um die Einführung von Tariftreuegesetzen verlief aber nicht nur zwischen west- und ostdeutschen Wirtschaftsverbänden und Politik. Vielmehr verstieß dies auch gegen die traditionelle Auffassung in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, dass die Auftragsvergabe möglichst frei von ‚vergabefremden' Zielen zu halten sei und die Erstreckung nicht-repräsentativer Tarifverträge durch Tariftreueklauseln daher weder vom geltenden haushaltsrechtlichen Vergaberecht, noch vom europäischen Recht gedeckt sei (stellvertretend Riese 1998, S. 236; Rittner 1999; anders demgegenüber Rust 1999; Burgi 2001). Die rechtliche Klärung dieser Frage zog sich daher über mehrere Jahre und Instanzen bis hin zum Bundesverfassungsgericht, das 2006 die Berliner Tariftreueregelung für zulässig nach dem deutschen und europäischen Vergaberecht erklärte (Beschluss vom 11. Juli 2006 (1 BvL 4/00)). Bis dahin waren bereits zahlreiche Bundesländer dem Berliner Beispiel gefolgt. Im Jahr 2008 hatten mit Ausnahme von Baden-Württemberg alle westdeutschen Bundesländer entsprechende Regelungen in ihren Vergabegesetzen verankert (Schulten und Pawicki 2008). Dass die ‚Sozialpolitisierung' der Auftragsvergabe den Bundesländern überlassen blieb und hier

[10] mit einer kurzzeitigen Ausnahme (Sachsen-Anhalt 2001)

auch zu der vielbeklagten Uneinheitlichkeit von Landesvergabegesetzen führte, hatte seinen Grund in den fehlenden politischen Mehrheiten auf Bundesebene: Dort war der Entwurf der rot-grünen Bundesregierung für ein Bundestariftreuegesetz im Jahr 2002 von der Mehrheit der unionsgeführten Länder im Bundesrat abgelehnt worden.

Das ‚Rüffert'-Urteil kam daher trotz der auch in Deutschland nicht unumstrittenen Tariftreuegesetze als „Überraschung" (Sack 2010, S. 621) und „Schock" (Schulten et al. 2012, S. 44) daher. Die Reaktionen auf diesen Schock variierten dabei in hohem Maße mit der politischen Zusammensetzung der Landesregierungen, was den Einfluss des Parteienwettbewerbs bestätigt (Sack 2010; Sack und Sarter 2018b). Zwar sprachen sich in mehreren CDU-geführten Ländern auch die in der Union einflussreichen Verbände der mittelständischen Wirtschaft zum Teil explizit für eine rechtssichere Anpassung der Gesetze aus, fast alle CDU-geführten Länder schafften die Tariftreuegesetze jedoch ersatzlos ab (Sack 2010, S. 635). Die SPD-geführten Länder hingegen passten die Gesetze an und holten dafür zum Teil umfassende Rechtsgutachten ein, um die europarechtlichen Spielräume auszuloten. Im Ergebnis haben die novellierten Vergabegesetze zwar die Tariftreue-Bestimmungen auf die allgemeinverbindlichen Tarifverträge beschränkt und die konstitutive Tariftreue damit in Einklang mit dem ‚Rüffert'-Urteil auf eine deklaratorische Tariftreue zurückgestutzt – mit Ausnahme des ÖPNV, für den eine gesonderte europäische Rechtsgrundlage (EG 1370/2007) weiterhin konstitutive Tariftreueregelungen zulässt. Jedoch beließen die SPD-geführten westdeutschen Landesregierungen es nicht dabei, sondern nutzten die Reformen für die Einführung eines deutlich breiteren Spektrums an sozialen und ökologischen Kriterien. Dadurch wurden „mehr ‚vergabefremde' Kriterien im Sinne der Sozial- und Umweltstandards festgeschrieben (…) als in den ursprünglich geltenden Tariftreueregelungen" (Sack 2010, S. 637). Ermöglicht worden sei dies auch durch eine gewisse Normenpluralität des europäischen Rechts, die nicht zuletzt in der 2004 novellierten europäischen Vergaberichtlinie zum Ausdruck kam (ebda., S. 238).

Das ‚Rüffert'-Urteil hatte insofern weder einen bloßen Rückbau von Tariftreueregelungen zur Folge, noch allein Gesetzesanpassungen, die den Status quo ante so weit wie möglich zu erhalten suchten. Vielmehr hat es eine Gelegenheit für Gesetzes*innovationen* eröffnet, die sowohl der Stoßrichtung des Urteils zuwiderlaufen, als auch von den ursprünglichen Tariftreueregelungen abweichen. Eine besonders bemerkenswerte Innovation war in diesem Kontext der vergabespezifische Mindestlohn, der zum ersten Mal bereits kurz vor dem ‚Rüffert'-Urteil in das Berliner Landesgesetz eingeführt worden war, und im Rahmen der Gesetzesanpassungen bis 2014 in zehn weiteren Bundesländern eingeführt wurde. Mit der Beibehaltung dieser Regelung in Berlin nach dem ‚Rüffert'-Urteil betrat man

nach der eigenen Einschätzung des damaligen Wirtschaftssenators der Linken, Harald Wolf, „juristisch neues und nicht völlig sicheres Terrain“ im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit (Wolf 2016, S. 186). Man betrat aber vor allem auch neues Terrain im deutschen System der Lohnfindung. Denn vergabespezifische Mindestlöhne weichen von den vorherigen Tariftreueregelungen insofern ab, als sie auch Branchen erfassen, in denen es gar keine Tarifverträge gibt, auf die sich eine konstitutive oder auch deklaratorische Tariftreueregelung beziehen könnte. Die Regelung verhilft also nicht Löhnen zur Durchsetzung, die zuvor von den Tarifparteien verabschiedet wurden, sondern setzt diesen Lohnstandard selbst – für Branchen, wo diese mangels verhandlungsfähiger oder -williger Tarifparteien fehlen. Eine solche kompensatorische staatliche Lohnpolitik war dem deutschen System der Lohnsetzung bis dahin völlig fremd und wurde lange Zeit sowohl von den Arbeitgeberverbänden als auch von Teilen der Gewerkschaften mit Verweis auf das Prinzip der Tarifautonomie abgelehnt.

Mit dieser Zielverschiebung oder -anreicherung ging daher auch ein Wechsel in den Unterstützer-Koalitionen einher. Während konstitutive und deklaratorische Tariftreueregelungen sich auch als Resultat einer „klassenübergreifenden Koalition“ (Seikel 2014, S. 17), vor allem zwischen IG BAU und Arbeitgeberverbänden des (westdeutschen) Baugewerbes erklären lassen, gilt dies für die vergabespezifischen Mindestlöhne eben nicht: Unterstützt wurden sie von Gewerkschaften und den Parteien des linken politischen Spektrums. Die Wirtschaftsverbände einschließlich der Verbände des Baugewerbes lehnten solche vergabespezifischen Mindestlöhne hingegen mit Verweis auf die Tarifautonomie ab (Wolf 2016, S. 184; Sack und Sarter 2018b, S. 737). Dies galt auch in Ostdeutschland (Seikel 2014, S. 18) – dennoch entschieden sich mit Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg im Jahr 2011 zwei SPD-geführte ostdeutsche Landesregierungen für die Einführung eines vergabespezifischen Mindestlohns. Dabei war jeweils Die Linke als Oppositionspartei (Mecklenburg-Vorpommern) oder als Koalitionspartner (Brandenburg) eine wichtige treibende Kraft, die dem Thema auf die politische Tagesordnung verhalf.[11]

Dass sich eine solche Koalition zugunsten vergabespezifischer Mindestlöhne zusammenfand, hatte ihre Ursache im Wesentlichen *außerhalb* der Vergabepolitik. Der Kontext dafür war zum einen die anhaltende Abnahme der Tarifbindung[12]

[11] S. u. a. das Plenarprotokoll zur Diskussion des Gesetzesentwurfs im Jahr 2011 in Mecklenburg-Vorpommern, S. 61 https://www.dokumentation.landtag-mv.de/parldok/dokument/30437/plenarprotokoll_5_116.pdf#page=36

[12] Im Zeitraum 1996 bis 2011 ist die Flächentarifbindung der Beschäftigten in den alten Bundesländern von 70 % auf 54 % zurückgegangen. In den neuen Bundesländern war sie auf deutlich niedrigerem Niveau von 56 % auf 37 % gesunken (Ellguth und Kohaut 2012).

und die Ausdifferenzierung der Lohnentwicklung zwischen Branchen (u. a. Haipeter 2017), sowie die langjährige Kampagne für einen allgemeinen staatlichen Mindestlohn, der seit Ende der 1990er Jahre zunächst von den Gewerkschaften des Dienstleistungssektors (zunächst NGG, später ver.di) initiiert wurde. Erst allmählich gelang es hier, die Widerstände seitens der Gewerkschaften der produzierenden Industrie (v. a. IG Metall und IG BCE) sowie innerhalb der SPD zu überwinden (Bosch 2018). Mit dem Beschluss einer gemeinsamen Mindestlohnkampagne auf der Bundesversammlung des DGB im Mai 2006 wurde diese Kontroverse zumindest offiziell beigelegt und auch in der SPD schwanden die Vorbehalte. Als die rot-rote Koalition im Land Berlin dann 2008 wenige Wochen vor dem ‚Rüffert'-Urteil den ersten vergabespezifischen Mindestlohn einführte, sahen die dagegen protestierenden Wirtschaftsverbände darin zu Recht auch ein „Signal", von dem „Auswirkungen auf die Einführung flächendeckender Mindestlöhne in der Bundesrepublik Deutschland" ausgehen sollten (zitiert nach Wolf 2016, S. 184). Der Meinungswandel zugunsten eines allgemeinen staatlichen Mindestlohns war tatsächlich nicht nur *Voraussetzung* für die Einführung und Ausbreitung vergabespezifischer Mindestlöhne. Er war auch ein *Ziel* dieser vergabespezifischen Mindestlöhne. Denn auch in den übrigen Bundesländern wurden sie nicht nur aufgrund ihrer unmittelbaren Schutzwirkung im Bereich der öffentlichen Aufträge eingeführt, sondern auch mit Blick auf ihre weitergehende symbolische Wirkung als Wegbereiter eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns (Dingeldey und Kathmann 2015; Jaehrling et al. 2018; Sack und Sarter 2018b). Eine noch breitere materielle und symbolische Wirkung erhielten diese landesspezifischen Lohnuntergrenzen dadurch, dass sie unter der Bezeichnung als ‚Landesmindestlohn' in den drei Stadtstaaten (Bremen, Hamburg, Berlin) sowie Schleswig–Holstein auf den Kreis der Zuwendungsempfänger*innen und auf öffentliche Unternehmen ausgeweitet wurden. Auch dabei war es ausweislich der begleitenden Debatten und Gesetzesbegründungen ein strategisches Ziel, damit ein Signal im Rahmen der bundesweiten Mindestlohndebatte zu setzen (Dingeldey und Kathmann 2015, S. 13–16).

Neben dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ist eine zweite allgemeine lohnpolitische Entwicklung für die Entwicklung der Landesvergabegesetze nach 2008 relevant: In Reaktion auf die abnehmende Tarifbindung und zunehmende Lohnkonkurrenz durch Unternehmen aus den neuen osteuropäischen Mitgliedsstaaten entschied die Bundesregierung in zeitlicher Nähe zum ‚Rüffert'-Urteil, das Entsendegesetz für weitere Branchen zu öffnen und es dadurch den Tarifpartnern zu ermöglichen, zumindest Kernbestandteile der Tarifverträge – vor allem sogenannte *Branchenmindestlöhne* – auch auf entsandte Arbeitnehmer*innen zu

erstrecken. Im Jahr 2007 war neben dem Baugewerbe bereits die Gebäudereinigungsbranche einbezogen worden. Ab dem Jahr 2009 folgten unter anderem mit dem Wach- und Sicherheitsgewerbe, der Abfallwirtschaft, Großwäschereien, Briefdienstleistungen und Weiterbildungseinrichtungen weitere Branchen, auf die ein erheblicher Anteil öffentlicher Aufträge entfällt. Damit wurde also bereits ohne Anpassung der Vergabegesetze ein Teil der Lücken, die das ‚Rüffert'-Urteil zu erzeugen drohte, geschlossen (Sack 2010, S. 633), da diese Branchenmindestlöhne allgemein gelten. Dass die novellierten Landesvergabegesetze bis heute dennoch zum Teil mit deklaratorischen Tariftreueregelungen auf sie Bezug nehmen, ermöglicht den öffentlichen Auftraggebern, sie vertraglich zu verankern und ihre Durchsetzung durch eigene Kontroll- und Sanktionsmechanismen zu unterstützen (s. dazu auch Kap. 9 in diesem Buch).

Im Unterschied zu den konstitutiven Tariftreueregeln vor dem ‚Rüffert'-Urteil verleihen die über das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) erstreckten tarifvertraglichen Regelungen jedoch nicht dem ganzen Tarifgitter Gesetzeskraft, sondern nur wenigen Kernbestandteilen – zumeist der jeweils unterste Tariflohn für Ungelernte, in manchen Fällen auch ein zweiter, höherer Tariflohn für Fachkräfte, sowie Zuschläge und Urlaubsansprüche.[13] Im Vergleich zu den konstitutiven Tariftreueregelungen kommen diese Branchenmindestlöhne einem Rückbau von *vergabespezifischen* Schutzmaßnahmen gleich. Der Rückbau wird jedoch abgefedert durch eine Erhöhung *allgemeiner* Schutzmaßnahmen im Zuge der umfassenderen ‚Hybridisierung' der Lohnpolitik. Während die vergabespezifischen Lohnklauseln vor dem ‚Rüffert'-Urteil sich als partielle Kompensation für die nachlassende allgemeine Tarifbindung verstehen lassen (Schulten et al. 2012, S. 46), kompensieren die Branchenmindestlöhne wenigstens partiell die durch das ‚Rüffert'-Urteil geschlagene Lücke bei den vergabespezifischen Lohnklauseln. Zumindest für die Branchen mit Mindestlöhnen nach dem AEntG verliert die Arena der Vergabepolitik damit nach ‚Rüffert' an Bedeutung für die Lohnsetzung. Für diejenigen Branchen ohne Branchenmindestlöhne und allgemeinverbindliche Tarifverträge – zu ihnen zählt unter anderem das Schulcatering – gewinnt Vergabepolitik hingegen als Arena der Lohnsetzung durch die vergabespezifischen Löhne an Bedeutung.

---

[13] Für eine aktuelle Übersicht der Branchenmindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz und weiterer verpflichtender Entlohnungsbestandteile s. die Übersichten des für die Überprüfung zuständigen Zolls: https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-AEntG-Lohnuntergrenze-AUeG/mindestlohn-aentg-lohnuntergrenze-aueg_node.html

Zusammenfassend veranschaulicht diese Entwicklung, wie unter der Voraussetzung entsprechender politischer Mehrheiten und einer öffentlichkeitswirksamen Gegenmobilisierung durch die Gewerkschaften „wettbewerbs- und austeritätsorientierte Top-down-Entscheidungen gegenteilige Reaktionen produzieren können“ (Sack und Sarter 2018b, S. 739). Sie veranschaulicht auch, wie solche Gegenreaktionen auf nationaler bzw. subnationaler Ebene wiederum als Bumerang auf die europäische Ebene zurückkehren. Denn die Vorlage des ‚RegioPost’-Falls zur Zulässigkeit des rheinland-pfälzischen vergabespezifischen Mindestlohns beim EuGH war, wie oben gesehen, einer von mehreren Schritten in einem Kurswechsel der europäischen Politik. Insbesondere unterstreichen diese Entwicklungen aber auch, dass der Policy-Wandel in der Vergabepolitik sich nicht als bloße Abfolge von Reaktionen und Gegenreaktionen zwischen europäischer und nationaler Ebene verstehen lässt. Vielmehr ist er Teil eines übergreifenden Policy-Wandels in der Lohnpolitik, der auf die Schwächen des traditionellen Systems der industriellen Beziehungen reagiert. Dieser übergreifende Wandel hat auch die Phase nach der Reform der europäischen Vergaberichtlinien stark geprägt.

4.4.2 Schritte aus dem ‚Rüffert‘-Schatten heraus: Die Entwicklung nach 2015

4.4.2.1 Die Umsetzung der Vergaberechtsreform in nationales Recht: Mehr dürfen, weniger müssen

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in nationales Recht hat auch in Deutschland eine Reihe von Klarstellungen und Öffnungen für ‚strategische Zwecke‘ mit sich gebracht (für eine Übersicht der wichtigsten Neuerungen s. Tab. 4.2 unten). Insgesamt nimmt die deutsche Vergaberechtsreform aber nur eine „vergleichsweise moderate Neubewertung der ökologischen und sozialen Zwecke“ vor (Burgi 2018, § 7 RN 20). Das liegt zum einen daran, dass in vielen Landesvergabegesetzen spätestens nach dem ‚Rüffert‘-Urteil schon zahlreiche strategische Ziele Eingang in das deutsche Vergaberecht gefunden hatten, sodass Burgi in ihrer Aufwertung „eher die nachträgliche Anerkennung einer ohnehin schon bestehenden Rechtslage“ sieht (Burgi 2015, S. 19). Zum anderen liegt es an der bewusst moderaten Umsetzung einer Richtlinie, die ihrerseits nur eine moderate Öffnung zugunsten sozialer Ziele vorsah. In dieser Zurückhaltung kommt die grundsätzlich skeptische Haltung zum Tragen, die die Bundesregierung bereits in den Verhandlungen zur europäischen Vergaberichtlinie einnahm – die Auswertung von

Tab. 4.2 Soziale Kriterien: Zentrale Neuerungen im deutschen Vergaberecht vor und nach der Gesetzesnovellierung 2016

Vor 2016	Nach 2016
Allgem. Grundsätze zur Anwendung sozialer Kriterien	
Soziale Aspekte als zusätzliche *fakultative Ausführungsbedingung* (GWB § 97)	*Durchgängige fakultative Berücksichtigung* in zentralen Verfahrensstadien: GWB (§ 122 ff.): Eignung; VgV (§ 31): Leistungsbeschreibung; GWB (§ 127): Zuschlagskriterien; GWB (§ 128): Ausführungsbedingungen
Verfahrensausschluss bei Verstößen gegen sozial-, arbeits- und tarifrechtliche Verpflichtungen	
VOL/A, 2 (§ 6 EG): *Fakultativer* Verfahrensausschluss bei Verstoß gegen Beitragspflicht zur Sozialversicherung	GWB (§ 123): Z*wingender* Ausschluss bei nachweislichem Verstoß gegen Beitragspflicht zur Sozialversicherung. Einschränkung: Beachtung von Maßnahmen der Bieter-Selbstreinigung (§ 125 GWB) GWB (§ 124): *Weitere fakultative Ausschlussgründe* u. a. nachweislicher Verstoß gegen geltende sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen
Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten	
VOL/A, 2 (§ 19 EG): Pflicht zur Ablehnung, wenn *Preise „in offenbarem Missverhältnis zur Leistung“* stehen	VgV (§ 60): Pflicht zur Ablehnung, wenn Preise *wegen Nicht-Einhaltung sozial- u. arbeitsrechtlicher Vorschriften* ungewöhnlich niedrig sind
Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot: Preis vs. Leistung	

(Fortsetzung)

Tab. 4.2 (Fortsetzung)

Vor 2016	Nach 2016
VOL/A, 2 (§ 19 EG): neben dem Preis weitere fakultative „*durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte*“ Kriterien wie u. a. Qualität, Umwelteigenschaften einzubeziehen	GWB (§ 127): expliziter Hinweis auf weitere fakultative Kriterien neben dem Preis, *u. a. „soziale Aspekte“* VgV (§ 58): *Vorgabe von Festpreisen/-kosten möglich,* sodass das wirtschaftlichste Angebot auch rein nach qualitativen und sozialen Kriterien bestimmt werden kann
Umgang mit Unteraufträgen	
	VgV (§ 47): Auftraggeber *kann* „bestimmte kritische Aufgaben“ bei Dienstleistungsaufträgen dem Bieter selbst vorbehalten VgV (§§ 36): *Fakultativ:* Aufforderung zur Benennung von beabsichtigten Unteraufträgen + Unterauftragnehmern vor Zuschlagserteilung Bei nachweislichen Verstößen gegen sozial-, arbeits-, tarifrechtliche Regelungen *kann* öffentl. Auftraggeber Austausch des Unterauftragnehmers verlangen

Quelle: Eigene Zusammenstellung

Stellungnahmen und Vermerken des federführenden Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) lässt Semple sogar von einer „active hostility within BMWi towards the objective of supporting environmental and social policies in procurement" sprechen (Semple 2018, S. 114). Die Bundesregierung legte sich entsprechend früh auf eine „Eins-zu-Eins"-Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien fest (BMWI 2015, S. 2). Konkret bedeutete dies, dass die in den Vergaberichtlinien enthalten Kann-Regelungen im GWB zum 18. April 2016 in ebensolche Kann-Regelungen umgesetzt und auf verpflichtende Maßnahmen weitgehend verzichtet wurde. Gesetzliche Verbote oder Gebote, die die Richtlinie den Mitgliedsstaaten durchaus offenließ, wurden also nicht ausgeschöpft – etwa die Möglichkeit, eine Vergabe rein nach Preisgesichtspunkten zu verbieten.[14]

Erneut entschied sich der Gesetzgeber damit dagegen, zur Frage der strategischen Ziele eigene bundesweit geltende Bestimmungen zu treffen und damit auch den viel beklagten „Wildwuchs an Landesvergabegesetzen" zu begrenzen.[15] Forderungen unter anderem von Seiten der Gewerkschaften nach einer bundesweiten Tariftreueregelung (DGB 2017; DGB 2020a) blieben damit unerfüllt. Stattdessen delegiert das GWB diese Fragen weiterhin an nachgeordnete Ebenen. Allerdings nutzte die Bundesregierung die Gelegenheit, den ‚Wildwuchs' der Landesvergabegesetze einzuschränken, indem das novellierte GWB den Landesgesetzgeber nur noch ermächtigt, verpflichtende Regelungen im Bereich der *Ausführungsbedingungen* (§ 129 GWB) zu erlassen. Zur Berücksichtigung ökologischer bzw. sozialer Aspekte bei den *Zuschlagskriterien,* also bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Angebote, dürfen öffentliche Auftraggeber also von den Landesvergabegesetzen, anders als zuvor, nicht mehr verpflichtet werden. Wie zuvor beim ‚Rüffert'-Urteil wurde auch auf diese Einschränkung bei der Überarbeitung der Landesvergabegesetze allerdings nicht mit einem bloßen Abbau entsprechender Bestimmungen reagiert, sondern zum Teil auch mit Änderungen, die sich als ‚Gegenpolitik' interpretieren lassen.[16]

---

[14] Semple macht zudem darauf aufmerksam, dass das neue Bundesgesetz von seiner „Eins-zu-eins"-Umsetzung auch zu Ungunsten sozialer Kriterien abweicht, indem es Auftraggebern lediglich gestattet, Unternehmen von einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn diese zuvor gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen *im Rahmen öffentlicher Aufträge* verstoßen haben (§ 124 Abs. 1 GWB) – eine Einschränkung, die die Richtlinie so nicht eindeutig vorsehe (Semple 2018, S. 116).

[15] s. u. a. die von Hattig (2013) zusammengefasste Diskussion im Rahmen einer Fachtagung zum Vergaberecht

[16] So wandelte Thüringen 2019 bei der Novellierung seines Landesvergabegesetzes eine zuvor fakultative „Bonusregelung" in eine verpflichtende Vorgabe um. Demnach *müssen* nun bei ansonsten gleichwertigen Angeboten solche Angebote bevorzugt werden, die sich in

Die insgesamt „stärkere Betonung des Dürfens anstatt des Müssens" (Burgi 2018, § 7, RN 21) verlagert die Entscheidung also auf die Ebene des einzelnen Auftraggebers. Während die Gewerkschaften mehr Soll- und Muss-Regelungen anstelle der Kann-Regelungen gefordert hatten (Interview DGB Bundesvorstand, 8/2017; DGB 2017), sahen die von uns befragten Vertreter*innen von öffentlichen und gewerblichen Beratungsstellen darin überwiegend eine sinnvolle Differenzierung, die großen Vergabestellen mit dem entsprechenden Know-how die nötigen Freiräume einräumt, kleinere aber nicht überfordert (ähnlich Burgi 2018, § 7, RN 20). Auch die Ermessensspielräume der einzelnen Auftraggeber werden allerdings unter Vorbehalte gestellt: Neben dem ‚*Bezug zum Auftragsgegenstand*' ist dies insbesondere das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit,* welches zwar bereits zuvor als allgemeine rechtstaatliche Maxime galt, nun aber erstmals ausdrücklich im Einklang mit der starken Betonung des Grundsatzes im europäischen Recht auch gesetzlich verankert und dabei zu einem weiteren Vergabegrundsatz (neben Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit) aufgewertet wurde (§ 97 Abs. 1 GWB) (Burgi 2015; Kühl 2017; Meurers 2020). Sämtliche als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit klassifizierten Maßnahmen müssen demnach einen legitimen Zweck sowie die Gebote der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zur Zweckerreichung erfüllen. Für arbeitsbezogene Anforderungen ergeben sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „durchaus spürbare Schranken" (Burgi 2015, S. 28), aber auch erneute rechtliche Unsicherheit.[17] Dies gilt auch und gerade für die Frage der zulässigen vergabespezifischen Lohnuntergrenzen (ausführlich Krause 2019, S. 72 ff.). So blieb auch nach dem ‚RegioPost'-Urteil mit Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beispielsweise strittig, ob verbindliche Lohnuntergrenzen oberhalb des neu eingeführten gesetzlichen Mindestlohns dem Gebot der Erforderlichkeit entsprechen.

Die leichte Ausweitung der Ermessensspielräume für einzelne Vergabestellen wurde also durch das neue Gesetz mit Bremsen für verpflichtende Regeln und mit ermessensbeschränkenden Vorbehalten begleitet. Burgi sieht den Beitrag

---

bestimmten sozialen Kriterien – u. a. Tarifbindung oder der Anteil sozialversicherungspflichtig Beschäftigter von anderen Bietern absetzen (§ 13 ThürVgG). Da diese Bonusregelung erst nach Abschluss aller Stufen der Wertung der Angebote greift, müssen diese Kriterien auch keinen Bezug zum Auftragsgegenstand haben, sondern dürfen sich auch auf die Unternehmenspolitik insgesamt beziehen.

[17] So dürfen sich beispielsweise soziale Aspekte in der Leistungsbeschreibung nach der Vergaberechtsreform in Deutschland zwar auch auch auf die Prozesse der Leistungserstellung beziehen (und nicht auf materielle Bestandteile der Leistung selbst), aber nur „sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen *und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig* sind" (§ 31, Abs. 3 VgV, eigene Hervorhebung).

der neuen Vergaberichtlinien im Bereich der strategischen Ziele daher in erster Linie im Gewinn an Rechtssicherheit für diejenigen Vergabestellen, die solche strategischen Ziele verfolgen möchten (Burgi 2018, § 7, RN 20–22).

4.4.2.2 Vergabespezifische Mindestlöhne: vom „Auslaufmodell" zum Vorreiter eines ‚living wage'

Der Verzicht auf eine bundesweite Tariftreueregelung hatte zur Folge, dass diese Frage weiterhin auf Ebene der Bundesländer entschieden wurde. Für die Entwicklung der Landesvergabegesetze nach 2015 markiert dabei weniger die Vergaberechtsreform oder die veränderte Rechtsprechung des EuGHs (‚Regio-Post', ‚Elektrobudowa') eine Wende, sondern vor allem die Einführung des staatlichen Mindestlohns zum Jahr 2015. Mit 8,50 € pro Stunde lag er auf oder nur leicht unter dem Niveau der vergabespezifischen Mindestlöhne, die zu diesem Zeitpunkt in den Bundesländern galten. Für die Landesvergabegesetze hatte dies unterschiedliche Konsequenzen, und erneut schlagen sich in diesen unterschiedlichen Antworten der Länder Parteiendifferenzen nieder.

Dabei sah es zeitweise zunächst so aus, als seien die vergabespezifischen Mindestlöhne und Landesmindestlöhne auf dem Weg vom Vorreiter des Mindestlohns hin zum „Auslaufmodell" (Dingeldey und Kathmann 2015). Denn ein Teil der Bundesländer schaffte den vergabespezifischen Mindestlohn zunächst ab oder ließ ihn im Laufe die darauffolgenden Jahre vom allgemeinen staatlichen Mindestlohn überholen, da er nun als redundant galt (Rheinland-Pfalz, Saarland, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Hamburg, Bremen). Jedoch ist es seit 2017 zu einer „Renaissance" (Schulten 2020) von vergabespezifischen Mindestlöhnen gekommen: Ein anderer Teil der Bundesländer entschied sich für die Beibehaltung und Anhebung der vergabespezifischen Mindestlöhne deutlich über das Niveau des staatlichen Mindestlohns – allen voran Schleswig–Holstein, das im Jahr 2017 eine Erhöhung auf 9,99 € beschloss. Die damalige SPD-Landesregierung war damit dem bereits zuvor im Landesgesetz verankerten Ziel gefolgt, dass das Land sich seiner „Verantwortung für eine angemessene Vergütung der Beschäftigten" auch bei Auslagerung von Aufgaben auf private Unternehmen nicht entziehen dürfe (Landtag Schleswig–Holstein, Drucksache 18/187, S. 24, zitiert nach Schulten 2014, S. 5). Entsprechend war hier die unterste Tarifgruppe des Tarifvertrages der Länder für den öffentlichen Dienst (TV-L) als Orientierungsgröße für die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns festgeschrieben.

Diesem Beispiel folgend haben seitdem die drei Stadtstaaten sowie alle ostdeutschen Bundesländer beschlossen[18], den vergabespezifischen Mindestlohn auf einem Niveau deutlich oberhalb des bisherigen gesetzlichen Mindestlohns fortzuführen. Dabei schob sich auch hier das Ziel einer „angemessenen", oder „guten" Bezahlung in den Vordergrund – und nicht mehr die bloße Bedarfsdeckung für eine alleinstehende Person und die Vermeidung von aufstockendem Sozialleistungs-Bezug, was als Orientierungsgröße noch die erste Generation vergabespezifischer Mindestlöhne dominiert hatte (Dingeldey und Kathmann 2015, S. 12, Nassibi et al. 2016, S. 6). Die ‚Renaissance' vergabespezifischer Mindestlöhne ist also bei genauer Betrachtung eine Weiterentwicklung: Die zweite Generation der vergabespezifischen Mindestlöhne ab 2017 beansprucht nicht mehr nur, ein Lohndumping zwischen Bietern durch eine absolute Lohnuntergrenze zu verhindern und die öffentlichen Kassen durch unmittelbar existenzsichernde Löhne zu entlasten, sondern „öffentliches Geld nur für gute Arbeit" (Berlin) auszugeben, oder den Beschäftigten öffentlich beauftragter Firmen „altersarmutsfeste" Löhne (Brandenburg,[19] ähnlich Bremen[20]) sowie „gute und faire Arbeitsbedingungen" (Hamburg[21]) zu gewährleisten. Sie soll „die Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur phasenweise (während der Erbringung der Leistung) verbessern, sondern […] auch einen Beitrag zu einer nachhaltigen Verbesserung der Einkommenssituation leisten" (Mecklenburg-Vorpommern)[22].

[18] In drei Bundesländern ist dieser Beschluss allerdings noch nicht in Gesetzesform verabschiedet, sondern nur im Koalitionsvertrag verankert: In Hamburg (2019), in Sachsen- (2019) und Sachsen-Anhalt (2021).

[19] *Vergabegesetz novellieren – Vergabemindestlohn auf 13 € erhöhen – Öffentliche Vergaben sozial, ökologisch und mittelstandsfreundlich gestalten.* Antrag der SPD-Fraktion, der CDU-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Landtag Brandenburg, Drucksache 7/474.

[20] Bremen fügte unter der neuen Koalition aus SPD, Grünen und Die Linke im Jahr 2020 einen neuen Passus in das Landesmindestlohngesetz (welches auch die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns regelt) ein, der als Orientierungsgröße für die Höhe und künftige Anpassungen nicht mehr nur die unmittelbare Bedarfsdeckung und Vermeidung von ergänzendem Sozialleistungsbezug für einen alleinstehenden Vollzeitbeschäftigten vorsieht. Vielmehr soll bei der Anpassung des Mindestlohns „Berücksichtigung finden, dass eine Person (…) die Möglichkeit haben soll, für die Nacherwerbsphase Anspruch auf eine auskömmliche gesetzliche Altersrente erwerben zu können." (§ 9 Abs. 4 Landesmindestlohngesetz Bremen)

[21] *Zuversichtlich, solidarisch, nachhaltig – Hamburgs Zukunft kraftvoll gestalten.* Koalitionsvertrag zwischen SPD, Landesorganisation Hamburg, und Bündnis 90/Die Grünen, Landesverband Hamburg, vom 8.6.2020, S .117.

[22] *Gesetzentwurf der Landesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung vergaberechtlicher Vorschriften.* Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drucksache 7/1931 vom 27.03.2018.

Tab. 4.3 Entwicklung der Vergabemindestlöhne der ‚zweiten Generation', 2018–2022 (Stundenlohn in €)[23]

	2018	2019	2020	2021	2022
Schleswig-Holstein	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99
Mecklenburg-Vorpommern	9,54	9,80	10,07	10,35	10,55
Thüringen**	9,89	10,04	10,42	11,73	11,92
Bremen*			11,13	12,00	12,00
Berlin	9,00	9,00	12,50	12,50	12,5
Brandenburg	9,00	10,5	10,68	13,00	13,00
zum Vergleich: gesetzlicher Mindestlohn	8,84	9,19	9,35	9,60	9,82/10,45

Quelle: Eigene Zusammenstellung
* Bremen: Einschränkung: gilt nicht bei Aufträgen ‚mit Binnenmarktrelevanz'
**Thüringen: Einschränkungen: 1) nur für Aufträge des Landes obligatorisch 2) allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Branchenmindestlöhne nach dem AEntG haben Vorrang, auch wenn diese unterhalb des Vergabemindestlohns liegen.

Damit dehnen die Länder hier wenigstens ansatzweise auf den Bereich der öffentlichen Aufträge den Anspruch aus, der lange Zeit für den öffentlichen Dienst erhoben wurde, nämlich als Staat ‚guter Arbeitgeber' zu sein – was sich gerade im Bereich gering qualifizierter Tätigkeiten in höhere Löhne gegenüber der Privatwirtschaft übersetzte (u. a. Gottschall 2009). Bei der zweiten Generation vergabespezifischer Löhne war der Abstand zum gesetzlichen Mindestlohn zu Beginn relativ gering, wie in Brandenburg und Berlin, wo er im Jahr 2017 auf einen Stundenlohn von 9 € angehoben wurde (im Vergleich zum gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 € pro Stunde). Mittlerweile hat sich der Abstand jedoch in allen Bundesländern, die über einen vergabespezifischen Mindestlohn verfügen, vergrößert und liegt aktuell in vier Bundesländern (Berlin, Brandenburg, Bremen, Thüringen) um mehr als 20 % über dem gesetzlichen Mindestlohn (9,82 € ab Jan. 2022). Der derzeit höchste Lohn im Land Brandenburg liegt mit 13 € pro Stunde sogar um 35 % darüber (s. Tab. 4.3).

[23] Zusätzlich zu den bereits eingeführten Vergabemindestlöhnen haben die Regierungen zweier weiterer Bundesländer, Hamburg und Sachsen, die Einführung eines Vergabemindestlohns angekündigt. In Hamburg hat die Regierung im Koalitionsvertrag zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen angekündigt, auch öffentlich beauftragte Firmen zur Einhaltung des bislang nur für öffentliche Unternehmen und Zuwendungsempfänger geltenden

Einschränkend gilt es festzuhalten, dass selbst diese Stundenlöhne die Lohnunterschiede zum öffentlichen Dienst nicht vollständig nivellieren: Die im öffentlichen Tarifgitter vorgesehenen Lohnaufstiege mit zunehmender Dauer der Beschäftigung bleiben hier ebenso ausgeklammert wie die Alterszusatzversorgung des öffentlichen Dienstes.

Hinzu kommt, dass weitere Einschränkungen die Reichweite der vergabespezifischen Mindestlöhne verringern. So gelten sie zum Teil nur für Aufträge des Landes, nicht der Kommunen (Thüringen); oder sie können durch allgemeinverbindliche Tarifverträge oder Branchenmindestlöhne unterschritten werden (Thüringen, Sachsen (geplant)). In Bremen gelten sie schließlich nur im Unterschwellenbereich bzw. bei Aufträgen ‚ohne Binnenmarktrelevanz.

Die letztgenannte Einschränkung ist dabei wiederum vor dem Kontext der europäischen Rechtsprechung zu verstehen: Auch nach dem ‚RegioPost'-Urteil blieben unter Vergaberechtler*innen und -politiker*innen wie erwähnt rechtliche Zweifel bestehen, ob vergabespezifische Mindestlöhne auch noch *nach* der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns zulässig seien (Nassibi et al. 2016; Krause 2019, S. 81 ff.). Das Urteil hatte sich auf einen Zeitpunkt *vor* Einführung des allgemeinen Mindestlohns bezogen und bewertete zunächst nur in diesem Kontext die Einführung einer absoluten gesetzlichen Lohnuntergrenze durch ein Vergabegesetz als verhältnismäßig. Ein neueres Rechtsgutachten zum Bremischen Tariftreuegesetz hält diese vorsichtige Lesart jedoch spätestens seit der Neufassung der Entsenderichtlinie für hinfällig und empfiehlt eine Streichung der Binnenmarktklausel (Klocke 2021, S. 16 ff.). Zudem stellt das ‚RegioPost'-Urteil für die betroffene Branche (Postdienstleistungen) heraus, dass das Fehlen eines branchenspezifischen Mindestlohns nach dem AEntG alternativ einen Vergabemindestlohn rechtfertige. Daher verbleibt ein „Restrisiko" (Krause 2019, S. 83) bezüglich der Frage, ob verbindliche Lohnuntergrenzen auch oberhalb von Branchenmindestlöhnen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.[24]

Landesmindestlohn von derzeit 12 € zu verpflichten. In Sachsen hat die Regierungskoalition aus CDU, SPD und Bündnis 90/Die Grünen ebenfalls im Koalitionsvertrag beschlossen, einen vergabespezifischen Mindestlohn in Höhe der untersten Entgeltgruppe des Tarifvertrags der Länder (bzw. EG 1, Stufe 2 des TV-L) einzuführen; dies entspricht gegenwärtig (Stand 7/2021) einem Stundenlohn von 11,93 €. Dabei soll wie in Thüringen ein Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge und Branchenmindestlöhne gelten.

[24] In Mecklenburg-Vorpommern ist man daher ausweislich der Gesetzesbegründung auf Basis des dort zitierten Rechtsgutachtens zu der Einschätzung gekommen, dass ein „Tarifabstandsgebot" zu beachten sei (Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drucksache 7/1931 vom 27.03.2018, S. 19). Daher orientierte sich der dortige Vergabemindestlohn bei Einführung am untersten Tariflohn in der Gebäudereinigungsbranche, mit dem Ziel, diesen nicht zu überschreiten (ebda).

Dieses Restrisiko schließt die Regelung zum Vorrang von auch niedrigeren Branchenmindestlöhnen in Thüringen aus. In den anderen Bundesländern hingegen (Berlin, Mecklenburg-Vorpommern) ist man ein solches Restrisiko eingegangen.

Trotz der genannten Einschränkungen bleibt festzuhalten, dass die zweite Generation der Vergabemindestlöhne, wie schon die erste Generation, eine erneute Expansion sozialer Ziele im Vergaberecht bedeutet. Zu erklären ist auch sie weniger durch die europäische Vergaberechtsreform und die neue EuGH-Rechtsprechung – von dort erhielt sie allenfalls indirekte und symbolische Unterstützung, da die oft als ‚Paradigmenwechsel' für soziale Zwecke apostrophierte Reform ebenso wie das neue Urteil dafür zumindest eine allgemeine Legitimation boten. Die Hauptursachen der Zielverschiebung hin zum Staat als ‚Gutem Auftraggeber' sind jedoch wiederum im übergreifenden Politikwandel im deutschen System der Lohnsetzung zu suchen, und erneut sind es zumindest auch die Dynamiken des Parteienwettbewerbs, die sich hier niederschlagen.

Eine wichtige Rolle kommt dabei der Partei Die Linke zu: Diese hatte bereits Mitte der 2000er Jahre die Politisierung der Privatisierung öffentlicher Aufgaben „als einen politischen Markenkern für sich entdeckt" (Sack und Sarter 2016, S. 350). Zudem hat sie sich im Wählerstimmenwettbewerb mit der SPD bereits vor Einführung des gesetzlichen Mindestlohns für eine deutliche Erhöhung auf ein armutsfestes Niveau eingesetzt. In dem Maße, wie sie nach 2015 Regierungsverantwortung übernahm, konnte sie diese Position auch in die Landesvergabepolitik einbringen: Berlin wurde bereits bei der ersten Generation der vergabespezifischen Mindestlöhne unter einer rot-roten Regierung zum Vorreiter, und hat sich bei der zweiten Generation mit einer starken Anhebung im Jahr 2020 (von 9,00 auf 12,50 €) unter einer rot-rot-grünen Regierung zunächst an die Spitze gesetzt. Brandenburg, das den Mindestlohn mittlerweile auf (13 € angehoben hat, war unter einer rot-roten Regierung mit Berlin und Schleswig–Holstein zusammen eines der ersten Bundesländer, das sich für die Beibehaltung Weiterentwicklung vergabespezifischer Mindestlöhne entschieden. Es ist zudem kein Zufall, dass in zwei weiteren Ländern mit Regierungsbeteiligung der Linken (Bremen) bzw. sogar einem linken Ministerpräsidenten (Thüringen) mit die derzeit höchsten vergabespezifischen Mindestlöhne verabschiedet wurden. Eine Mitwirkung der Linken ist allerdings keine notwendige Bedingung: Mit Mecklenburg-Vorpommern (2018), Brandenburg (2019), Sachsen (2019) und Hamburg (2020) haben auch Regierungen ohne Beteiligung der Linken (aber jeweils mit Beteiligung der SPD) eine deutliche Anhebung ihrer vergabespezifischen Mindestlöhne beschlossen oder per Koalitionsvertrag vereinbart.

Dass der Schwerpunkt dieser neuen Generation von Mindestlöhnen dabei bislang in Ostdeutschland liegt, dürfte neben der dort bislang starken Stellung der Linken als Regierungs- oder Oppositionspartei auch mit den Gründen zu tun haben, die bereits die Einführung der ersten Generation von vergabespezifischen Mindestlöhnen in Ostdeutschland begünstigte: das weiter sinkende Niveau der Tarifbindung und die größere räumliche Nähe zu osteuropäischen Nachbarländern mit niedrigerem Lohnniveau.

Tatsächlich besitzt die zweite Generation von Vergabemindestlöhnen aufgrund ihrer Höhe nun eine deutlich größere Reichweite als die erste Generation, da sie höher als die Branchenmindestlöhne in vielen Branchen mit hohem öffentlichen Auftragsvolumen liegen. Sie sind also nicht nur dort wirksam, wo die Tarifbindung schwach ist und allgemeinverbindliche Lohnuntergrenzen oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns fehlen – wie im Schulcatering, bei den Post-Dienstleistungen, oder Wäscherei-Dienstleistungen für Krankenhäuser und Pflegeheime; sondern auch dort, wo es durchaus Branchenmindestlöhne oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns gibt – bis hin zur Braubranche (s. Abb. 4.1). Das gilt zumindest für die Vergabemindestlöhne ab 12 €, wie sie in Bremen, Brandenburg und Berlin zu finden sind.

Wie im Falle der ersten Generation von vergabespezifischen Mindestlöhnen ist der übergreifende lohnpolitische Wandel auch bei der zweiten Generation nicht nur ein Hintergrund, der die politische Innovation – hier der Funktionswandel der vergabespezifischen Mindestlöhne – erklärt. Vielmehr erhält dieser übergreifende Politikwandel seinerseits auch Veränderungsimpulse von dem vergabespezifischen Politikwandel. Denn parallel zu der letzten Runde von Erhöhungen der vergabespezifischen Mindestlöhne hat auch die Forderung nach einer substantiellen Erhöhung des *allgemeinen* gesetzlichen Mindestlohns an politischem Gewicht gewonnen. Während dies bereits seit längerem eine Forderung der Linken ist (Die Linke 2017), haben in jüngerer Zeit auch SPD und der DGB sich diese Forderung zu eigen gemacht. Mit einem Eckpunktepapier forderten die beiden SPD-Minister Hubertus Heil (Bundesministerium für Arbeit und Soziales) und SPD-Kanzlerkandidat Olaf Scholz (Bundesministerium für Finanzen) im März 2021 die Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns auf „mindestens 12 Euro" im Jahr 2022 (BMAS und BMF 2021).

Diese Forderung stellt in zweierlei Hinsicht eine Weiterentwicklung bzw. sogar einen Bruch mit der ersten Version des gesetzlichen Mindestlohns dar, sowohl in Bezug auf die Zielsetzung, als auch in Bezug auf die Anpassungsmodalitäten. Ziel ist nun kein absolutes Existenzminimum mehr, sondern ein „living wage", der soziale Teilhabe ermöglichen soll. Orientierungsgröße für die Anpassung ist daher

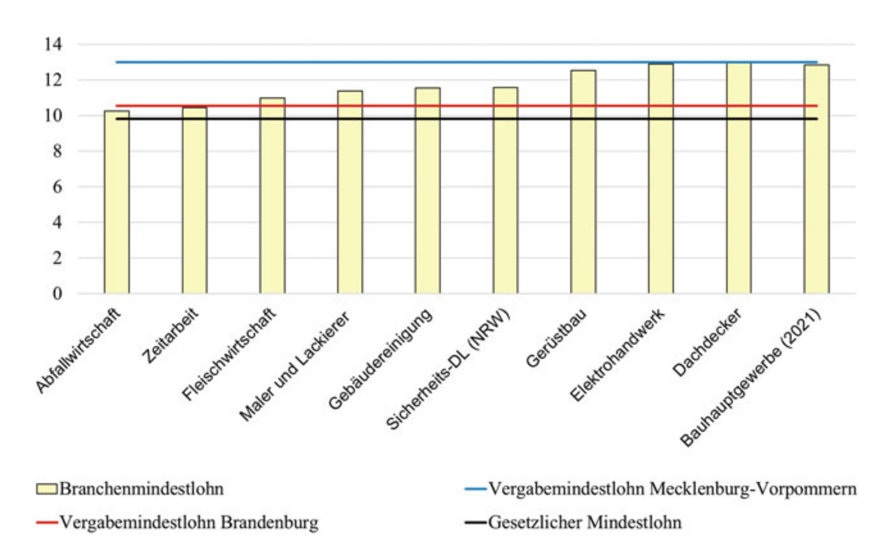


Abb. 4.1 Höhe der Branchenmindestlöhne im Verhältnis zu Vergabemindestlöhnen, (Stundenlöhne in EUR) (Stand Januar 2022). (Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis der Angaben des Zolls[25])

nicht mehr nur die allgemeine Tariflohnentwicklung, sondern ein davon unabhängiger Maßstab: „Den Mindestlohn wollen wir deshalb in Richtung eines echten, auf Teilhabe gerichteten ‚living Wage' fortentwickeln und damit der Erwerbsarmut entgegenwirken." (ebda., S. 2). Als konkreten Maßstab dafür benennt das Papier die Armutsrisikoschwelle, also 60 % des Medianlohns. Dieser Vorschlag wiederum knüpft an den Indikator an, der zeitgleich im Kontext der Debatte zur europäischen Mindestlohnrichtlinie als einheitlicher Richtwert für nationale Mindestlöhne diskutiert wurde. Mit einer solchen, von der Tariflohnentwicklung unabhängigen Entwicklung wird der allgemeine gesetzliche Mindestlohn damit – wie zuvor bereits die zweite Generation der vergabespezifischen Mindestlöhne – noch stärker vom traditionellen System der Lohnfindung abgekoppelt. In den Koalitionsverhandlungen der neuen Regierungskoalition aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP konnte sich die SPD mit dieser Forderung durchsetzen; im Februar 2022 wurde die Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns auf 12 €

[25] https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-AEntG-Lohnuntergrenze-AUeG/Branchen-Mindestlohn-Lohnuntergrenze/uebersicht_branchen_mindestloehne.html?isPopup=true&view=render%5BStandard%5D&nn=144400

zum 1. Oktober 2022 per Gesetz beschlossen. Für die zukünftigen Anpassungen des Mindestlohns wurde zugleich die Beibehaltung der bisherigen Anpassungsmechanismus (Beschlüsse der Mindestlohnkommission auf Basis der allgemeinen Tariflohnentwicklung) beschlossen.

Erneut wird anhand dieser jüngsten Entwicklungen die enge Verzahnung von allgemeiner (Mindest-)lohnpolitik und vergabespezifischem Mindestlohn deutlich. Die ‚zweite Generation' von Vergabemindestlöhnen hat nicht nur die unmittelbare Schutzwirkung im engeren Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe erhöht. Sie hat also nicht nur zur Folge, dass das Leitbild des ‚Guten Arbeitgebers' (das sich im Vergleich mit der Privatwirtschaft lange in höheren Löhnen vor allem im Bereich der unteren Qualifikationsgruppen im öffentlichen Dienst ausdrückte) nun durch die deutlich erhöhten *vergabespezifischen* Mindestlöhne auch auf die öffentlichen Aufträge ausgedehnt wurde und der Staat hier gewissermaßen die Rolle des *‚Guten Auftraggebers'* beansprucht. Vielmehr hatten die politischen Entscheidungen und Debatten rund um die zweite Generation vergabespezifischer Mindestlöhne vielfach auch Vorbild- und Vorreiterfunktion für die Debatte um eine zweite Generation des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, und waren ihrerseits von diesen Debatten beeinflusst.

Neben dieser symbolischen Ausstrahlungswirkung sind aufgrund der relativ hoch angesetzten Vergabemindestlöhne auch reale Interaktionseffekte mit dem allgemeinen Tarifvertragssystem möglich: So ist denkbar, dass ein hoher vergabespezifischer Mindestlohn auch Schrittmacher für Tariflöhne in solchen Branchen wird, deren Löhne nur wenig oberhalb der Vergabemindestlöhne liegen bzw. von diesen eingeholt wurde – wie gesehen ist dies in einer beträchtlicher Anzahl von Branchen der Fall (s. Abb. 4.1). Neben solchen positiven ‚Ripple-Effekten' sind aber auch negative ‚Ripple-Effekte' möglich, also eine Orientierung der Tarifverhandlungen an den niedrigeren Vergabemindestlöhnen (Bosch und Weinkopf 2015).[26] Aus den beiden Branchen, die hier im Fokus stehen – Schulcatering und Sicherheits-Dienstleistungen, wurde zumindest in Berlin und Brandenburg in jüngster Zeit von Seite der Gewerkschaften die Forderung in die Tarifverhandlungen eingebracht, die (höheren) Vergabemindestlöhne als Orientierungsmarke für die Tarifverhandlungen zu nehmen und eine Angleichung der untersten

[26] Zudem sind auch negative Effekte auf die Tarifbindung theoretisch denkbar: Wie auch im Falle eines hohen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes könnten sich Bedenken dagegen richten, wenn Tarifverträge mit niedrigeren Vergütungsgruppen durch einen gesetzlichen Lohn ‚überschrieben' würden, weil dadurch der Anreiz zum Abschluss eines Tarifvertrags sinkt. Für eine sinkende Tarifbindung in den Branchen mit sehr niedrigen Tariflöhnen gab es aber beispielsweise nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns keine Anhaltspunkte (Pusch und Schulten 2019).

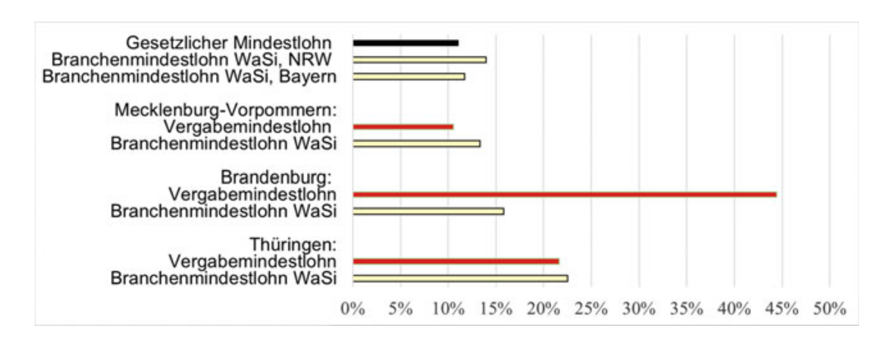


Abb. 4.2 Nominallohnsteigerungen von Vergabemindestlöhnen und Branchenmindestlöhnen im Wach- und Sicherheitsgewerbe (WaSi) im Zeitraum 2018–2022, in % (2018 = 100 %). (Quelle: Eigene Berechnungen)

Lohngruppe im Tarifwerk an diese Vergabemindestlöhne zu vereinbaren.[27] Ein Abgleich am Beispiel der Sicherheits-Branche ergibt hier allerdings kein klares Bild (s. Abb. 4.2). So haben sich die Nominallöhne von 2018 bis 2022 sowohl in Bundesländern ohne vergabespezifischen Mindestlohn (NRW, Bayern), als auch in solchen mit deutlich höherem vergabespezifischen Mindestlohn (Berlin, Brandenburg) und solchen mit niedrigerem Vergabemindestlohn (Mecklenburg-Vorpommern) nahezu gleich entwickelt. Am ehesten lässt sich die Entwicklung in Thüringen als Hinweise auf die Ausstrahlungswirkung des dortigen Vergabemindestlohns interpretieren: Hier wurden die recht starken Steigerungen des Vergabemindestlohns durch ähnlich starke Steigerungen der untersten Tariflöhne im Wach- und Sicherheitsgewerbe begleitet.

4.4.2.3 Renaissance der konstitutiven Tariftreue

Neben der ‚Renaissance' bzw. dem Funktionswandel des vergabespezifischen Mindestlohns lassen sich nach 2015 zumindest erste Schritte auch für eine Renaissance der konstitutiven Tariftreue beobachten. Auch in dieser Hinsicht führt die Entwicklung also raus aus dem Schatten des ‚Rüffert'-Urteils. Den Anfang machte hier die rot-grüne Landesregierung von Bremen: Dort wurden ab 2016 auch für das Baugewerbe repräsentative Tarifverträge zur obligatorischen Ausführungsbedingung erhoben. Zu diesem Zweck wurde analog zum

[27] So forderte die Gewerkschaft Ver.di Berlin Brandenburg bei den Tarifverhandlungen für das Wach- und Sicherheitsgewerbe im Jahr 2020 neben der jährlichen Lohnanpassung auch eine längerfristige Vereinbarung zur Angleichung der untersten Tariflöhne an den kurz zuvor eingeführten hohen Vergabemindestlohn in Brandenburg (Ver.di Berlin Brandenburg 2020).

ÖPNV ein eigener paritätisch besetzter Beirat eingerichtet, der Empfehlungen für die Auswahl der für das jeweilige Gewerbe einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge ausspricht. Die SPD-geführte Landesregierung folgte damit dem ausdrücklichen Wunsch des mittelständischen Bauhandwerks, das sich aufgrund seiner weiterhin hohen Tarifbindung strukturell im Nachteil sah, solange lediglich die allgemeinverbindlichen Branchenmindestlöhne bei öffentlichen Aufträgen eine Lohnuntergrenze markierten (ausf. Jaehrling et al. 2016, S. 72 ff.; Jaehrling et al. 2018).

Dieser rechtlich ambitionierte Vorstoß blieb jedoch lange Zeit wenig beachtet. Ein deutlicher Impuls für weitere ähnliche Reformen ging demgegenüber von der novellierten europäischen Entsenderichtlinie und der darauffolgenden Reform des Arbeitnehmerentsendegesetzes aus. Unmittelbar nach Verabschiedung der Richtlinie und im Vorgriff auf ihre Umsetzung in deutsches Rechat kündigten in Brandenburg (2019), Bremen (2019) und in Hamburg (2020) die jeweiligen Regierungskoalitionen in ihrem Koalitionsvertrag mit Verweis auf die novellierte Entsenderichtlinie die Absicht zur Einführung bzw. Ausweitung (Bremen) konstitutiver Tariftreueregelungen an; in Bremen wurde die Ausdehnung auch auf weitere Branchen neben Bau und ÖPNV und auf Aufträge oberhalb der Schwellenwerte angekündigt.[28] In Thüringen (2019) und Berlin (2020) wurden Tariftreueregelungen eingeführt, ebenfalls unter Bezugnahme auf die novellierte Entsenderichtlinie. Eingefordert und unterstützt wurde dies in erster Linie durch die Gewerkschaften, vor allem vom DGB (u. a. DGB 2017, DGB Hessen-Thüringen 2019) und der IG BAU (u. a. IG BAU 2019) sowie weiteren DGB-Gewerkschaften (Ver.di 2019; IG Metall 2018), weniger durch die Arbeitgeberverbände.[29] Erneut holten die Akteure dabei Rechtsgutachten ein, um die neuen vergaberechtlichen Spielräume auszuloten (s. die veröffentlichten Versionen der Gutachten für den DGB (Zimmer 2019) und für die saarländische Regierung (Krause 2019).

[28] Bremische Bürgerschaft, Drucksache 20/230 vom 14.1.2020.

[29] Im Falle Niedersachsens scheiterte die von der Gewerkschaft geforderte Einführung einer Tariftreueregelung nach dem Bremer Vorbild nicht zuletzt an der fehlenden Unterstützung durch das mittelständische Bauhandwerk. Öffentliche Stellungnahmen der Bau-Arbeitgeberverbände in Niedersachsen zur Überarbeitung des Landesvergabegesetzes forderten keine konstitutive Tariftreue ein; anders als die DGB-Gewerkschaften (s. DGB Niedersachsen 2017). Laut Auskunft der IG BAU war die Bauindustrie hierfür durchaus offen, das mittelständische Bauhandwerk auch wegen stark gesunkener Tarifbindung jedoch weniger. Auch die fehlende Unterstützung des lange Zeit FDP-geführten Wirtschaftsministerium und schließlich ein Regierungswechsel von der rot-grünen Landesregierung zur großen Koalition habe die Forderung von IG BAU und DGB jedoch scheitern lassen (Interview DGB Bezirk Niedersachsen, 6/2018).

Allerdings schöpfte die Regierungskoalition bei der Umsetzung der Richtlinie in das überarbeitete Arbeitnehmerentsendegesetz erneut den Rahmen nicht aus, den die novellierte Richtlinie zumindest nach Einschätzung von Teilen des juristischen Schrifttums und der Landesregierungen eröffnete.

- So wurde nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auch *regionale* allgemeinverbindliche Tarifverträge zu erstrecken, sondern weiterhin nur allgemeinverbindliche Tarifverträge, die das gesamte Bundesgebiet abdecken (kritisch Düwell 2020; DGB 2020a; anderer Auffassung Franzen 2021; BDA 2020; ZDB 2020). Dies bedeutet, dass die überwiegend auf regionaler Ebene abgeschlossenen, allgemeinverbindlichen Tarifverträge weiterhin nur Bindungswirkung für inländische Firmen haben, nicht für Firmen mit Sitz im Ausland. Für stark internationalisierte Branchen, in denen ausländische Wettbewerber sich regelmäßig an öffentlichen oder privaten Ausschreibungen beteiligen, wie insbesondere in der Baubranche, enthält auch das neue Entsendegesetz damit einen negativen Anreiz zum Abschluss regionaler allgemeinverbindlicher Tarifverträge.
- Alternativ können weiterhin Branchenmindestlöhne per Rechtsverordnung erstreckt werden, nun mit drei statt vorher zwei unterschiedlichen Lohnstufen; weiterhin aber nicht das gesamte Tarifgitter.
- Bezogen auf das Vergaberecht ist schließlich insbesondere die Möglichkeit in der Entsenderichtlinie relevant, zusätzlich zu allgemeinverbindlichen Tarifverträgen solche Tarifverträge oder Schiedssprüche auf entsandte Beschäftigte zu erstrecken, die für alle Unternehmen in einem Gebiet und einem Gewerbe „allgemein wirksam sind“ (Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG). Entsprechende Forderungen zur Nutzung der erweiterten Möglichkeiten für die Landestariftreuegesetze waren auch von einzelnen Landesregierungen im Gesetzgebungsprozess an die Bundesregierung herangetragen worden[30]. Von diesen Möglichkeiten wurde jedoch bei der Umsetzung der Entsenderichtlinie kein Gebrauch gemacht (kritisch dazu DGB 2020a, Walser 2020).

Auch ein bundesweites Tariftreuegesetz könnte eine eigene rechtliche Grundlage schaffen und zur Vereinheitlichung der veschiedenene Regeln auf Länderebene beitragen. Hiermit scheint allerdings auf kurze Sicht nicht zu rechnen zu sein. Zwar war Bundesarbeitsminister Hubertus Heil mit der Ankündigung eines Bundestariftreuegesetzes bereits 2018 an die Presse getreten; begrüßt und unterstützt

[30] Bremische Bürgerschaft, Drucksache 20/230 vom 14.1.2020, S. 1.

wurde dies vor allem durch die IG BAU (2019) und den DGB, der nach internen Beratungen mit weiteren Mitgliedsgewerkschaften dazu ein Eckpunktepapier (DGB 2020b) mit eigenen Vorschlägen veröffentlichte. Das bereits erwähnte Eckpunktepapier von Bundesarbeitsminister Heil und Bundesfinanzminister Scholz vom März 2021 enthielt auch erste Eckpunkte zu einem Bundestariftreuegesetz und sah vor, dass öffentliche Aufträge von Bund, Ländern und Kommunen künftig nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die ihren Beschäftigten „die einschlägigen durch Rechtsverordnung festgesetzten tarifvertraglichen Entlohnungsbedingungen gewähren" (BMAS und BMF 2021, S. 5). Insgesamt habe sich die Idee zu einem eigenen Bundestariftreuegesetz durchaus in einer Art „Ping-Pong-Prozess" zwischen BMAS und DGB-Gewerkschaften entwickelt (Interview DGB Bundesvorstand, 8/2020).[31] Der Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP von November 2021 beschränkt sich allerdings auf die Vereinbarung, die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes – nicht der Länder und Kommunen – an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages zu binden.[32]

Vor diesem Hintergrund blieben die Diskussionen über eine gesetzliche Grundlage für konstitutive Tariftreueregelung auch nach Verabschiedung des Entsendegesetzes virulent. Zumindest nach Einschätzung verschiedener Rechtsgutachten steht es den einzelnen Bundesländern frei, in ihren Landesvergabegesetzen weitergehende Regelungen zu treffen (Zimmer 2019; Krause 2019; Klocke 2021), auch ohne eine entsprechende explizite gesetzliche Regelung auf Bundesebene. Die zurückhaltende Umsetzung der Entsenderichtlinie hat die Aktivitäten auf Länderebene zumindest nicht zum Erliegen gebracht.

- Im November 2021 vereinbarte die neue Landesregierung von *Mecklenburg-Vorpommern* aus SPD und Die Linke in ihrer Koalitionsvereinbarung, das Landesvergabegesetz so weiterzuentwickeln, dass Aufträge „zukünftig nur noch an solche Unternehmen gehen, die für den Auftrag mindestens Tariflohn oder tarifgleichen Lohn zahlen sowie geltende Mindestarbeitsbedingungen gewährleisten"[33].

[31] Allerdings sieht das Eckpunktepapier von BMAS und BMF auch wichtige Erweiterungen vor, insbesondere, dass Beschäftigte die durch Rechtsverordnung festgesetzten Ansprüche individuell einklagen können.

[32] SPD/Bündnis 90-Die Grünen/FDP: M*ehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*. Koalitionsvertrag 2021–2025. Berlin, 7.12.2021 (S. 70).

[33] SPD Mecklenburg-Vorpommern/DIE LINKE Mecklenburg-Vorpommern: *Aufbruch 2030.Verantwortung für heute und morgen. Für ein wirtschaftlich starkes, sozial gerechtes*

- Ebenso kündigte die neue CDU/SPD/FPD-Landesregierung von *Sachsen-Anhalt* im September 2021 an, bis Mitte des Jahres 2022 ein Tariftreue- und Vergabegesetz zu verabschieden, welches sicherstellt, „dass die Vergabe öffentlicher Aufträge nur an Unternehmen erfolgt, die einem repräsentativen Tarifvertrag unterliegen oder die Bedingungen eines repräsentativen Tarifvertrages erfüllen."[34]. In beiden Ländern steht die Verabschiedung entsprechender Gesetze, ebenso wie in *Bremen, Hamburg* und *Brandenburg* noch aus.
- Im Land *Berlin* ist das novellierte Vergabegesetz bereits zum 1. Mai 2020 in Kraft getreten. Eine Ausführungsvorschrift, die die konstitutive Tariftreueregelung in verbindliche Vorgaben für die auftraggebenden Stellen umsetzt, ist hier allerdings noch nicht veröffentlicht.
- Im *Saarland* setzte die dortige Landesregierung zum 17. Dezember 2021 mit dem neuen ‚Saarländische Tariftreue- und Fairer Lohn-Gesetz' ihr seit längerem angekündigtes Vorhaben um, Kernbestandteile des jeweiligen branchenspezifischen Tarifvertrags durch Rechtsverordnung zur Ausführungsbedingung macht. Auch hier stehen die entsprechenden Rechtsverordnungen derzeit noch aus.
- In *Thüringen* greift die 2019 eingeführte konstitutive Tariftreueregelung nur für Aufträge des Landes, lediglich fakultativ auch für Aufträge von Kommunen und anderen ‚nicht-staatlichen' öffentlichen Auftraggebern. Zudem behalten allgemeinverbindliche Löhne und Branchenmindestlöhne nach dem AentG Vorrang, selbst wenn die dort festgelegten Löhne diejenigen in repräsentativen Tarifverträgen unterschreiten (§ 10, Abs. 4 Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)). So bleibt man auch hier in den Branchen mit hohem Volumen öffentlicher Aufträge (u. a. Bau, Gebäudereinigung), die in der Regel Branchenmindestlöhne haben, ‚unter dem Radar' des europäischen Vergaberechts bzw. innerhalb der engen Grenzen, die das ‚Rüffert'-Urteil und das alte Entsendegesetz gezogen haben. Nur in Branchen ohne Branchenmindestlöhne und ohne allgemeinverbindliche Tarifverträge können zumindest theoretisch als repräsentativ eingestufte Tarifverträge erstreckt werden, dann auch für Aufträge mit Binnenmarktrelevanz und für Unternehmen mit Sitz im Ausland. In der Praxis dürfte diese Regelung selten zur Anwendung kommen. Gegebenenfalls kann sie aber als Drohkulisse wirken, die die Sozialpartner in weiteren

---

und nachhaltiges Mecklenburg-Vorpommern. Koalitionsvereinbarung 2021–2026. Schwerin, 13.11.2021 (S. 18)

[34] CDU Sachsen-Anhalt/SPD Sachsen-Anhalt/FDP Sachsen-Anhalt: *Wir gestalten Sachsen-Anhalt. Stark. Modern. Krisenfest. Gerecht*. Koalitionsvertrag 2021–2026. Magdeburg, 13.9.2021 (S. 9).

> Branchen zur Beantragung von Branchenmindestlöhnen veranlasst. Schließlich gibt es auch in Thüringen noch keine Liste als repräsentativ festgestellter Tarifverträge; damit fehlt auch hier noch einer Grundlage für die effektive Anwendung des Gesetzes durch die Vergabestellen.

Auch wenn es mithin noch an den Verwaltungsvorschriften fehlt, entwickelt sich die konstitutive Tariftreue damit derzeit wieder zu einem weiteren Element der vergabespezifischen Lohnpolitik.

In welchen Branchen und Regionen die konstitutiven Tariftreueregeln sowohl der Landesgesetze als auch eines möglichen Bundestariftreuegesetzes zur Anwendung kommen können, hängt allerdings davon ab, welche Tarifverträge als solche „maßgeblichen" oder „einschlägigen" Tarifverträge infrage kommen – und vermutlich ist auch dies ein Grund dafür, dass die Ausführungsvorschriften der Länder so lang auf sich warten lassen. Hier stehen sich unterschiedliche Auffassungen dazu gegenüber, welcher Verbreitungsgrad erforderlich ist, um dem Begriff des „allgemein wirksamen" Tarifvertrags im Entsendegesetz zu genügen. So hält es Zimmer (2019, S. 155) für erforderlich, dass der Tarifvertrag in mindestens zwei Dritteln der Unternehmen angewandt wird, was eine höhere Hürde als bei der Beantragung der Allgemeinverbindlichkeit bedeuten würde.[35] Klein und Schneider (2019) und Krause (2019, S. 99 ff.) gehen demgegenüber davon aus, dass auch Tarifverträge, die die hohen Voraussetzungen einer *entsenderechtlichen* Erstreckung nicht erfüllen, im *Vergabekontext* durch Rechtsverordnung oder Vergabegesetz erstreckt werden können, weil dadurch alle potenziellen Bieter und damit alle relevanten Unternehmen erfasst sind und damit auch eine Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Unternehmen gewährleistet ist. Der DGB betont ebenfalls in seinem Eckpunktepapier, dass hier weniger strenge Kriterien zum Tragen kommen können als bei der Definition „repräsentativer" Tarifverträge nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz, die lediglich auf quantitative Aspekte abhebt (DGB 2020b). Diese niedrigeren Hürden für „maßgebliche" Tarifverträge begründet der DGB mit den weniger gravierenden Rechtsfolgen, da der Tarifvertrag nicht mit unmittelbarer Wirkung erstreckt, sondern nur zur

---

[35] Wie Zimmer (2019, S. 156) herausarbeitet, wäre ein geringerer Deckungsgrad aber über eine andere Variante zulässig, bei der Landesvergabegesetze und Arbeitnehmerentsendegesetz miteinander verzahnt werden: Landesvergabegesetze würden dann lediglich repräsentative Tarifverträge auf inländische Unternehmen erstrecken und dadurch nicht unmittelbar unter das europäische Vergaberecht fallen. Um diese dann zusätzlich auf Unternehmen aus anderen Ländern zu erstrecken, müsste in das AEntG dann ein Anwendungsbefehl für Tarifverträge aufgenommen werden, die über vergaberechtliche Bestimmungen auf Landesebene zur Anwendung kommen.

Teilnahmebedingung für öffentliche Aufträge erhoben werde (Interview DGB-Bundesvorstand, 8/2020). Zugleich ist auch dem DGB daran gelegen, die Hürden nicht zu niedrig zu hängen, um zu vermeiden, dass jeder beliebige Tarifvertrag – auch solche mit nicht tariffähigen Organisationen – der Tariftreueerklärung zugrunde gelegt werden können (ebda.). Und auch Krause geht für die durch einfaches Landesvergabegesetz oder Rechtsverordnung als ‚repräsentativ' erklärten Tarifverträge davon aus, dass diese „innerhalb ihres Geltungsbereichs eine überwiegende Anzahl von Arbeitsverhältnissen prägen" (Krause 2019, S. 101).

In Segmenten mit schwacher Tarifbindung, wie etwa dem Schulcatering, bietet daher die Renaissance der konstitutiven Tariftreue eher keinen neuen Ansatzpunkt zur Erhöhung der faktischen Tarifbindung. Hier bleibt stattdessen der vergabespezifische Mindestlohn der wichtigste Bezugspunkt – den ein Bundestariftreuegesetz, wie oben erläutert, ebenfalls auf breitere Basis stellen würde. Solange bis er durch einen deutlich erhöhten allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn eingeholt wird, wird der vergabespezifische Mindestlohn in solchen Regionen (u. a. in Ostdeutschland) und Branchen relevant bleiben, in denen die Tarifbindung zu gering ist, oder die Höhe der vereinbarten Löhne unter dem bleibt, was als ‚living wages' (Armutsrisikoschwelle bzw. unterste Tarifstufe im öffentlichen Dienst) definiert wird.

Insgesamt gingen also auch in der Phase nach 2015 starke Impulse vom Parteienwettbewerb und von politischen Akteuren aus: Neben den Gewerkschaften waren insbesondere die Parteien Die Linke und die SPD treibende Kräfte hinter der Expansion sozialer Ziele im Vergaberecht. Erneut ging auch nach 2015 viel Reformgeschehen ‚von unten', also von der Ebene der Bundesländer auf, weil durch die Umsetzung der geänderten europäischen Richtlinien (Vergabe- und Entsenderichtlinie) in nationales Recht zwar die Spielräume ausgeweitet wurden, die Bundesregierung aber vor allem im Hinblick auf Lohnvorgaben auf eigene Regeln verzichtet hat. Den Ball, den der europäische Gesetzgeber mit den neuen Richtlinien, insbesondere der Entsenderichtlinie, an die Mitgliedstaaten zurückgespielt hat (Seikel 2018), wurde also im Wesentlichen an die Bundesländer weitergepasst.

4.5 Fazit: Institutionalisiertes Nebeneinander von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung

Vergabepolitik bewegt sich, dies verdeutlicht die vorstehende Analyse, in einem Spannungsfeld aus Vermarktlichung und Sozialpolitisierung. In den letzten zehn

Jahren gab es hier zwar einen deutlichen Schub in Richtung einer stärkeren Berücksichtigung sozialer Ziele, einschließlich der Arbeitsbedingungen bei öffentlich beauftragten Unternehmen. Diese oft als Paradigmenwechsel bezeichnete Entwicklung macht aber den vorhergehenden Paradigmenwechsel zugunsten einer stärkeren Vermarktlichung der Auftragsvergabe nicht rückgängig. Die verschiedenen Elemente der Architektur der Vermarktlichung, wie sie oben beschrieben wurden, bleibt ein Grundgerüst der europäischen und deutschen Vergabepolitik.

Zum institutionalisierten Nebeneinander von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung

Wir haben es also gewissermaßen mit zwei verschiedenen Paradigmenwechseln zu tun, die sich überlagern, also in ein ‚institutional layering' (Streeck und Thelen, 2005) gemündet sind. Auch wenn die Bezeichnung ‚Paradigmenwechsel' einen bruchhaften, diskontinuierlichen Wandel suggeriert, sind **beide Veränderungen eher kumulatives Ergebnis längerfristiger Entwicklungen. Die auf europäischen Druck erfolgte Einbettung der Auftragsvergabe in das Wettbewerbsrecht stellte dem vorherigen Primat von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gewissermaßen ein zweites Primat zur Seite, nämlich den Schutz von ausländischen wie inländischen Bietern.** Das zuvor bereits im deutschen Haushaltsrecht bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel einer möglichst sparsamen Beschaffung und traditionellen, *wirtschafts*politischen ‚vergabefremden' Zwecken (etwa die Förderung des Mittelstands und/oder heimischer Unternehmen) wurde auf diese Weise um einen weiteren Pol, den Bieter- und Wettbewerbsschutz, ergänzt. Die regulative Nachverdichtung in Gestalt zunehmender Detailregelungen und Gerichtsurteile, die die europäischen primärrechtlichen Grundsätze expansiv ausdeuteten, haben in der Summe zu einer weiteren Zielverschiebung in Richtung des Wettbewerbsschutzes geführt.

Zugleich liegt die Erklärungslast für die Vermarktlichung der Vergabepraxis nicht lediglich in einer marktliberalen Verrechtlichung, die ‚von oben', also über den Weg der europäischen Politik und Rechtsprechung, Eingang in die Politik der Mitgliedsstaaten fand. Vielmehr haben auch Änderungen in der ‚Systemumwelt' der Vergabepolitik – Austeritätspolitik und Steuerwettbewerb sowie vor allem die Schwächung der kollektiven Selbstregulierung in den traditionellen Arenen der industriellen Beziehungen – dazu beigetragen. Denn in diesem Kontext entfalten sowohl die alten Vergabegrundsätze der Sparsamkeit als auch das neue Primat des Bieter- und Wettbewerbsschutzes eine andere, den Preiswettbewerb intensivierende Wirkung, als in einem Kontext mit hoher kollektiver Selbstregulierung, die den

Unterbietungswettbewerb durch Flächentarifverträge bremst.[36] **In der Summe stellen diese Änderungen zwar für sich genommen jeweils keinen Bruch mit dem vorherigen Regelwerk dar, im Ergebnis haben sie die Zweckbestimmung der öffentlichen Auftragsvergabe aber sehr wohl stark verändert.**

Gleiches gilt auch für die zweite Entwicklungslinie, die Sozialpolitisierung – auch wenn diese sich insgesamt etwas sprunghafter und vor allem weniger linear vollzog (s. insbesondere den ‚Rücksetzer' für Tariftreueregelungen durch das ‚Rüffert'-Urteil). Auch hier haben die Änderungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung auf europäischer Ebene nach 2015 und deren Umsetzung in nationales Recht das institutionelle Regelwerk deutlich zugunsten sozialer Ziele geöffnet. **Diese jüngere Entwicklung hebt den Konflikt zwischen Wettbewerbsschutz und sozialen Zielen nicht auf. Vielmehr ist es hier gewissermaßen zu einer *Institutionalisierung des Nebeneinanders von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung* gekommen.** Wie beide Prinzipien ausbalanciert werden, hängt umso mehr von der Ausgestaltung von Gesetzen und Verwaltungspraxis auf der nationalen Ebene ab. Dies wurde bereits in der Vergangenheit nach dem ‚Rüffert'-Urteil deutlich, und bleibt auch für die Zukunft absehbar. Denn die europäische Ebene hat mit dieser Institutionalisierung zweier widersprüchlicher Logiken den Ball gewissermaßen an die Mitgliedsstaaten zurückgespielt. Dort wurde, zumindest in Deutschland, zum Teil auch in anderen Ländern (Jaehrling et al. 2018), der Ball wiederum bislang vor allem der subnationalen Ebene und der Verwaltungspraxis überlassen. Gerade für die Verwaltungspraxis war und ist, wie wir im zweiten Teil des Buchs noch weiter ausführen, das institutionalisierte Nebeneinander eine prägende Rahmenbedingung.

Juridische Europäisierung und Parteienwettbewerb: Konfliktaustrag zwischen Verrechtlichung und Politisierung

Diese Doppelbewegung im Hinblick auf die *Ziele* findet eine Entsprechung im Hinblick auf den *Modus* des Konfliktaustrags: **Während sich die Vermarktlichung in hohem Maße im Modus der *Verrechtlichung* vollzogen hat – also gestützt auf Verfahren, Akteure und Doktrinen des Rechtssystems, wurde die Sozialpolitisierung im Modus der *Politisierung* durchgesetzt – also gestützt auf Verfahren, Akteure und Ziel-Programme des politischen Systems.** Damit ist hier nicht die allgemeine Aussage verbunden, dass sich das Rechtssystem in kapitalistischen Marktwirtschaften systematisch in den Dienst der Vermarktlichung stellt.

[36] Diese Veränderungen tragen damit Züge eines „institutional drift" (Hacker et al. 2015). Damit ist ein Typus von Veränderung gemeint, bei dem die Regeln formal die Gleichen bleiben, aber ihre *Wirkung* sich durch *neue Umweltbedingungen* verändert. Im vorliegenden Fall besteht die Veränderung in einer Intensivierung, nicht einer grundlegenden Richtungsänderung.

Im Falle der Vergabepolitik haben sich die Befürworter einer marktliberalen europäischen Integration, allen voran die Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission, aber auch einzelne Mitgliedsstaaten und Unternehmen, jedoch sehr wohl auf das europäische wie auch auf die nationalen Rechtssysteme gestützt, um diese Vermarktlichung durchzusetzen: durch die Einrichtung entsprechender rechtlicher Verfahren zum Bieterschutz, durch ihre Nutzung (strategische Klageführung), durch die Kodifizierung von Fallrecht und dadurch auch die zunehmende regulative Verdichtung. **Es bedurfte daher einer Politisierung, also einer Infragestellung der Ergebnisse dieser Verrechtlichung und der Gegenmobilisierung durch politische und zivilgesellschaftliche Akteure, um in das zunehmend feinmaschige, institutionell ‚dicke' Geflecht restriktiver rechtlicher Regelungen Breschen einzuschlagen zugunsten einer Öffnung für soziale Zwecke.** Eine treibende Kraft bei dieser Gegenmobilisierung waren neben den Gewerkschaften und einigen Unternehmensverbänden politische Parteien, vor allem SPD und Die Linke. Dies gilt sowohl für die erste Generation der vergabespezifischen Mindestlöhne nach ‚Rüffert' (Sack 2010; Sack und Sarter 2018b) als auch, wie gezeigt, für die zweite Generation und die ‚Renaissance' der Tariftreue.

Diese Politisierung erfolgte wiederum nicht losgelöst vom Rechtssystem. So war die *Politisierung der Rechtsprechung,* im Sinne einer Infragestellung der Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofs und der Legitimität konkreter Urteile, eine Voraussetzung für die zumindest eigensinnigen, wenn nicht gegen-sinnigen Gesetzesanpassungen infolge des Laval-Quartetts – siehe die vergabespezifischen Mindestlöhne. Und umgekehrt erwiesen sich die neu geschaffenen rechtlichen Verfahren zum *Bieterschutz auch als Einfallstor,* über das der EuGH anhand der eigensinnigen Gesetze zu einer Neubefassung mit dem gleichen Grundkonflikt gebracht wurde. Dass er dabei eine partielle Kurskorrektur vornahm, lässt sich wiederum nicht zuletzt als Reaktion auf die Politisierung seiner eigenen Urteile erklären. Eine wichtige Rolle spielten bei der Suche nach den Lücken und Gestaltungsspielräumen in der verrechtlichten Vergabepolitik zudem jeweils auch *Rechtsgutachten,* die die politischen Akteure in Auftrag gaben, sowohl bei den vergabespezifischen Mindestlöhnen wie auch bei der Renaissance der konstitutiven Tariftreue. **Die Verrechtlichung bleibt also ebenfalls prägendes Grundmuster für die (Sozial-) Politisierung: Letztere kann die Spielregeln und Spielzüge im rechtlichen Feld nicht ignorieren, sondern muss auch in dieser Arena agieren, um erfolgreich zu sein. Auf diese Weise haben Gesetzgebung und Rechtsprechung auch auf europäischer Ebene mit der Vergaberichtlinie 2014, der Entsenderichtlinie 2018 und den neueren EuGH-Urteilen seit 2015 nach und nach Schritte aus dem „lange Schatten"** (Schmidt 2018) **des marktliberalen europäischen Fallrechts hinaus gemacht.**

Wechselwirkungen zwischen Vergabepolitik und der Arena industrieller Beziehungen

Die Politisierung der Rechtsprechung und die Aneignung von rechtlichen Regeln und Verfahren sind aber nicht die einzigen Entwicklungsdynamiken, über die es zu einer Sozialpolitisierung der Vergabepolitik gekommen ist. Für das Verständnis dieser Entwicklungsdynamiken ist es vielmehr erforderlich, sich von einer zu engen Fokussierung auf die Wechselwirkungen zwischen europäischer und nationaler Ebene und auf das Feld der Vergabepolitik zu lösen. **Die Auseinandersetzungen um die Sozialpolitisierung der Vergabepolitik sind Teil eines übergreifenden Grundsatzkonfliktes** – nämlich der Konflikt um die Frage, wie mit der nachlassenden Kraft des traditionellen Repertoires zur kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes, mit dem daraus resultierenden Lohndruck und mit den Interessenkonflikten zwischen den Marktteilnehmern aus ‚Hochlohn-' und ‚Niedriglohn'-Ländern (zum Teil auch innerhalb des Lagers der Arbeitnehmer*innen) in der EU umzugehen ist. **Dieser Grundsatzkonflikt wurde in Deutschland, und zum Teil auch in anderen Ländern, mit einer Hybridisierung der Lohnpolitik beantwortet. Der Wandel in der Vergabepolitik ist in diesen übergreifenden lohnpolitischen Wandel eingebettet. Um den vergabepolitischen Teil dieses Konfliktes zu verstehen, muss daher auch dieser erweiterte Kontext einbezogen werden.** Dies vermeidet, der europäischen Rechtsprechung und Politik zu hohe Erklärungslast zuzusprechen und macht den Beitrag weiterer politikfeldspezifischer Eigendynamiken einschließlich der Dynamiken im System der industriellen Beziehungen sichtbarer.

So haben auch Lernprozesse in der trans- und supranationalen Interessenorganisation auf Gewerkschaftsseite zu dem Politikwandel auf europäischer Ebene beigetragen. **Von größter Bedeutung auf nationaler Ebene sind bis heute vor allem die Wechselwirkungen zwischen Vergabepolitik und den Entscheidungen und Konflikten zum staatlichen Mindestlohn sowie zur Stärkung der Tarifbindung über eine Erstreckung von tarifvertraglichen Entlohnungsbedingungen auf nicht-tarifgebundene Unternehmen.** Mit der jüngsten Renaissance von konstitutiven Tariftreueregelungen wird ein Instrument revitalisiert, das allerdings seit seiner Abschaffung infolge des ‚Rüffert'-Urteils an (potentieller) Reichweite verloren hat, weil in der Zwischenzeit aufgrund der allgemeinen Schwächung der Tarifbindung andere Instrumente, allen voran Branchenmindestlöhne, zum Teil auch neue für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge selbst in Branchen mit niedriger Tarifdeckung – wie etwa im Fall des bremischen Hotel- und Gaststättengewerbes – die Lücke gefüllt haben. Hier wird es auch von der konkreten Ausgestaltung der Normenhierarchie in den Tariftreuegesetzen abhängen (Vorrang

oder Nachrang gegenüber anderen Lohnuntergrenzen, siehe das Beispiel Thüringen), welche Relevanz der Renaissance der konstitutiven Tariftreue letztlich zukommt.

Noch deutlicher sind die Wechselwirkungen bei der zentralen politischen Innovation, den vergabespezifischen Mindestlöhnen: Neben ihrer unmittelbaren Schutzwirkung für den Bereich der öffentlichen Aufträge waren sie zunächst Vorreiter eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes, und wurden nach 2015 zum Vorreiter eines allgemeinen gesetzlichen ‚living wages', also eines armutsfeste(re)n Mindestlohns, wie er seit längeren diskutiert und mit der beschlossenen Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns auf 12 € zu Oktober 2022 nun auch im ersten Schritt beschlossen ist. Die künftige Relevanz der Vergabemindestlöhne und letztlich ihr Fortbestand hängt davon ab, wie stark andere Formen von Lohnuntergrenzen (allgemeiner Mindestlohn, Branchenmindestlöhne, allgemeinverbindliche Tarifverträge, repräsentative Tarifverträge) ‚das Feld bestellen' oder Lücken lassen. Es hängt also auch davon ab, ob und wie die Tarifpartner die Vielfalt an Möglichkeiten nutzen (können), die ihnen mittlerweile zur Setzung verbindlicher Lohnuntergrenzen zur Verfügung stehen. Der Ball liegt damit also auch im Feld der traditionellen Akteure des Systems industrieller Beziehungen und es kommt auch darauf an, wie sich Strategien und Machtressourcen dieser Akteure entwickeln.

Es ist darüber hinaus auch eine offene *normative* Frage, ob die Bundesländer auch nach der Anhebung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf 12 € im Oktober 2022 an dem Ziel festhalten sollte, im eigenen mittelbaren Wirkungsbereich (öffentliche Aufträge) *bessere* Arbeitsbedingungen zu bieten als in der Privatwirtschaft, und daher auch dann weiter das Instrument der Vergabemindestlöhne oberhalb des gesetzlichen Mindestlohnes nutzen sollte. In verallgemeinerter Form stellt sich die Frage, ob es, mit anderen Worten, noch zeitgemäß ist, im (erweiterten) öffentlichen Dienst gezielt relativ *bessere* Bedingungen als im Rest der Wirtschaft herzustellen, oder ob das Ziel nicht eher sein muss, absolut gesehen *gute* Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Das Leitbild des ‚Guten Arbeitgebers' bzw. ‚Guten Auftraggebers' muss also nicht zwangsläufig mit dem eines ‚besseren' Arbeit- oder Auftraggebers übersetzt werden. **Angesichts der schwachen Tarifbindung in Niedriglohnbranchen und auch der weiterhin sinkenden Tarifbindung in anderen Branchen scheint es aber zumindest auf absehbare Zeit wahrscheinlich, dass der Staat solche guten Arbeitsbedingungen im eigenen Einflussbereich leichter und schneller umsetzen kann als in der Privatwirtschaft. Dies spricht dafür, eine solche Rolle als ‚Guter Auftraggeber' im Sinne eines Vorreiters weiterhin zu beanspruchen.**

Insgesamt verdeutlichen diese Analysen, dass und wie es gelingen kann, aus dem ‚Schatten' der marktliberalen juridischen Europäisierung herauszuwachsen. Dies

hat aber lange Zeit und auf Seiten der Akteure einen langen Atem benötigt sowie ein Zusammentreffen kontingenter Entwicklungen. Denn, wie gesehen, hat auch das europäische Krisenmanagement im Gefolge der Schuldenkrise zusammen mit weiteren Entwicklungen (Flüchtlingskrise und ihr politisches Echo in euroskeptischen Parteien und Regierungen) am Ende eine Revitalisierung der sozialen Dimension Europas begünstigt, die zur Korrektur der einseitig ökonomischen Integration auch im Feld der Vergabepolitik beitrug.

Offen bleibt daher auch die Frage, ob im Falle der Entsenderichtlinie lediglich eine „exceptional politisation" (Höpner und Schmidt 2020, S. 203) zum Tragen kam, und weitergehend, ob die Entwicklungslinien, die im Falle der Vergabepolitik auf europäischer Ebene zusammen gewirkt haben – die Politisierung der marktliberalen Rechtsprechung, die Revitalisierung der sozialen Dimension Europas und schließlich die Fortschritte auf Seiten der transnationalen Interessenorganisation der Gewerkschaften – auch in anderen politischen Entscheidungsprozessen substantielle Korrekturen des bisherigen Integrationsmodus entfalten können. Diese Frage zur Aussagekraft von Entwicklungen in der Vergabepolitik wollen wir im Fazit des Buchs vertiefen.

Literatur

Barnard, C. (2017). To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement. *Industrial Law Journal*, *46*(2), 208-244.

Bayreuther, F. (2015). Begriff und Bestimmung des Mindestlohns im Entsenderecht. *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)*, *8*(3), 346–357.

Beckmann, M. (2013). Sekundärzwecke/Beschaffungsfremde Kriterien. In M. Müller-Wrede (Hrsg.), *Kompendium des Vergaberechts (E-Book). Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts* (2. Aufl., S. 423–442). Köln: Bundesanzeiger Verlag.

Bernaciak, M. (Hrsg.) (2015a). *Market expansion and social dumping in Europe*. London: Routledge.

Bernaciak, M. (2015b). Social dumping and the EU integration process. In M. Bernaciak (Hrsg.), *Market expansion and social dumping in Europe* (S. 1–22). London: Routledge.

Bjelinski, F. & Žeravčić, K. (2020). Posted Workers in the EU: Lost Between Conflicting Interests and Single Market Objectives. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, *16*, 95–312.

Blauberger, M. (2012). With Luxembourg in mind … the remaking of national policies in the face of ECJ jurisprudence. *Journal of European Public Policy*, *19*(1), 109–126.

Blauberger, M. (2014). National Responses to European Court Jurisprudence. *West European Politics*, *37*(3), 457–474.

Blauberger, M. & Martinsen, D. S. (2020). The Court of Justice in times of politicisation: 'law as a mask and shield' revisited. *Journal of European Public Policy*, *27*(3), 382–399.
Blauberger, M. & Schmidt, S. K. (2017). The European Court of Justice and its political impact. *West European Politics*, *40*(4), 907–918.
Blauberger, M., Heindlmaier, A., Kramer, D., Martinsen, D. S., Sampson Thierry, J., Schenk, A. et al. (2018). ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence. *Journal of European Public Policy*, *25*(10), 1422–1441.
Bosch, G. (2018). The making of the German minimum wage: a case study of institutional change. *Industrial Relations Journal*, *49*(1), 34–49.
Bosch, G. & Weinkopf, C. (2013). Wechselwirkungen zwischen Mindest- und Tariflöhnen. *WSI-Mitteilungen*, (6), 393–404.
Bosch, G. & Weinkopf, C. (2015). Revitalisierung der Tarifpolitik durch den gesetzlichen Mindestlohn? *Industrielle Beziehungen*, *22*(3-4), 305–324.
Bosch, G., Weinkopf, C. & Worthmann, G. (2011). *Die Fragilität des Tarifsystems. Einhaltung von Entgeltstandards und Mindestlöhnen am Beispiel des Bauhauptgewerbes*. Berlin: Ed. Sigma.
Bundesministerium für Arbeit und Soziales [BMAS]; Bundesministerium für Finanzen [BMF] (2021): Fairer Mindestlohn, starke Sozialpartnerschaft. Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung. März 2021. Berlin.
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie [BMWI] (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015. Berlin.
Burgi, M. (2001). Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)*, *2*(2), 64–72.
Burgi, M. (2018). *Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung* (2. Aufl.). München: C.H. Beck.
Burgi, M. (2015). Die neuen Vergaberichtlinien. In R. Giesen, A. Junker & V. Rieble (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen. Tagungsband zum 12. ZAAR-Kongress* (S. 15–33).
Burley, A.-M. & Mattli, W. (1993). Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration. *International Organization*, *47*(1), 41–76.
Caporaso, J. A. & Tarrow, S. (2009). Polanyi in Brussels: Supranational Institutions and the Transnational Embedding of Markets. International Organization, 63(4), 593–620.
Caranta, R. (2010). Sustainable Public Procurement in the EU. In R. Caranta, M. Trybus & Caranta-Trybus (Hrsg.), *The law of green and social procurement in Europe* (S. 15–52). Kopenhagen: Djøf Pub.
Caranta, R. (2018). Upholding General Principles versus Distinguishing Cases: On the Use of Precedent in EU Public Procurement Law (A Case Study). In A. Sánchez Graells (Hrsg.), *Smart public procurement and labour standards. Pushing the discussion after RegioPost* (S. 60–85). Portland, Oregon: Hart Publishing.
Carruba, C., Gabel, M. & Hankla, C. (2012). Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration. *American Political Science Review*, *106*(1), 214–223.
Conant, L. J. (2002). *Justice contained. Law and politics in the European Union*. Ithaca, N.Y: Cornell University Press.
Conant, L., Hofmann, A., Soennecken, D. & Vanhala, L. (2018). Mobilizing European law. *Journal of European Public Policy*, *25*(9), 1376–1389.
Culpepper, P. D. (2011). *Quiet politics and business power. Corporate control in Europe and Japan*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände [BDA] (2020). Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit bewahren! BDA-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Umsetzungsgesetz der Entsenderichtlinie vom 12. Februar 2020. In Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020* (S. 58–62). Berlin.

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] Hessen Thüringen (2019): DGB fordert echtes Tariftreuegesetz für öffentliche Aufträge. Frankfurt (Pressemitteilung vom 15.10.2019).

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] Niedersachsen (2017): Stellungnahme des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften vom 30.6.2017 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Tariftreue und Vergabegesetzes der Landesregierung. Hannover.

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] (2017): Mit Tariftreue und vergabespezifischen Mindestlöhnen die öffentliche Auftragsvergabe der Zukunft gestalten! Position des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 20.3.2017. Berlin.

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] (2020a): Deutscher Gewerkschaftsbund: Stellungnahme vom 12.3.2020a zu dem Kabinettsentwurf der Bundesregierung ‚Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 12.02.2020a‘. Berlin.

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] (2020b): Eckpunktepapier: Bundesregelung zur Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe, Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes vom 10.07.2020b. Berlin.

Dingeldey, I. & Kathmann, T. (2015). Landesmindestlöhne – vom Wegbereiter zum Auslaufmodell (Reihe Arbeit und Wirtschaft in Bremen 12 | 2015). IAW, Universität Bremen.

Düwell, F.-J. (2020). Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales. Ausschussdrucksache 19(11)705neu vom 15. Juni 2020. In Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020* (S. 98–108). Berlin.

Eichhorst, W. (2000). *Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit: die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU*. Vollst. zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 1998. Frankfurt am Main: Campus.

Ellguth, P. & Kohaut, S. (2012). Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Befunde aus dem IAB-Betriebspanel 2011. *WSI-Mitteilungen,* 65 (4), 297–305.

Erne, R. (2015). European Economic Governance. Auf dem Weg zu einer erzwungenen Integration nationaler Arbeitsbeziehungen? In S. Pernicka (Hrsg.), *Horizontale Europäisierung im Feld der Arbeitsbeziehungen* (S. 182–200). Wiesbaden: Springer VS.

Falkner, G., Treib, O., Hartlapp, M. & Leiber, S. (Hrsg.). (2009). *Complying with Europe.* Cambridge: Cambridge University Press.

Fornasier, M. (2015). The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect? *European Review of Private Law*, *23*(1), 29–46.

Franzen, M. (2019). Die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie. *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, *12*(1), 3–23.

Franzen, M. (2021). Das geänderte Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG). *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)*, *14*(1), 3–24.
Furåker, B. & Larsson, B. (2020). Revision of the EU Posting ofWorkers Directive, Social Dumping and Trade Unions' Position. In B. Furåker & B. Larsson (Hrsg.), *Trade Union Cooperation in Europe* (Bd. 12, S. 109–139). Cham: Springer International Publishing.
Garben, S. (2017). The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union. *European Constitutional Law Review*, *13*(1), 23–61.
Garben, S. (2020). Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method. In B. Vanhercke, D. Ghailani, S. Spasova & P. Pochet (Hrsg.), *Social policy in the European Union 1999–2019. The long and winding road* (S. 57–70). Brussels: European Trade Union Institute (ETUI); European Social Observatory (OSE).
Gottschall, K. (2009). Der Staat und seine Diener. Metamorphosen eines wohlfahrtsstaatlichen Beschäftigungsmodells. In H. Obinger & E. Rieger (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatlichkeit in entwickelten Demokratien. Herausforderungen, Reformen und Perspektiven* (S. 461–491). Frankfurt am Main: Campus.
Hacker, J. S., Pierson, P. & Thelen, K. (2015). Drift and conversion Hidden faces of institutional change. In J. Mahoney & K. Thelen (Hrsg.), *Advances in comparative-historical analysis* (S. 180–208). Cambridge: Cambridge University Press.
Haipeter, T. (2017). *Lohnfindung und Lohnungleichheit in Deutschland.* (IAQ-Report 2017–01). IAQ, Universität Duisburg-Essen. https://doi.org/10.17185/duepublico/45742
Hattig, O. (2013). Reform ante portas. Tagungsbericht zum 16. forum vergabe Gespräche. *VergabeNavigator*, (6), 12–15.
Hofmann, A. (2018). Resistance against the Court of Justice of the European Union. *International Journal of Law in Context*, *14*(2), 258–274.
Höpner, M. & Schäfer, A. (2010). *Polanyi in Brussels? Embeddedness and the Three Dimensions of European Economic Integration* (MPIfG Discussion Paper 10/8). Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung. http://www.mpifg.de/people/mh/paper/Hoepner 2010 - Polanyi in Brussels.pdf
Höpner, M. & Schmidt, S. K. (2020). Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *22*, 182–204.
Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt [IG BAU] (2019): Industrie-Gewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt: Öffentliche Aufträge nur an Firmen, die nach Tarif zahlen und ausbilden. Frankfurt (Pressemitteilung des IG BAU Bundesvorstands Nr. 20/2019 vom 23. April 2019).
Industriegewerkschaft Metall [IG Metall] (2018). *Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen: Staat muss Vorbild sein!* https://www.igmetall.de/tarif/staat-muss-vorbild-sein
Jaehrling, K., Johnson, M., Larsen, T. P., Refslund, B. & Grimshaw, D. (2018). Tackling Precarious Work in Public Supply Chains: A Comparison of Local Government Procurement Policies in Denmark, Germany and the UK. *Work, Employment and Society*, *32*(3), 546–563.
Jaehrling, K., Wagner, I. & Weinkopf, C. 2016. *Reducing precarious work in Europe through social dialogue* (IAQ-Forschung 2016–03). IAQ, Universität Duisburg-Essen. https://doi.org/10.17185/duepublico/45779
Kelemen, R. D. (2011). *Eurolegalism. The transformation of law and regulation in the European Union.* Cambridge: Harvard University Press.

Klein, T. & Schneider, A. (2019). Die Umsetzung der Entsenderichtlinie. *Soziales Recht*, (2)2019, 72–87.
Klocke, D. (2021). *Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen. Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitnehmerkammer Bremen.* Arbeitnehmerkammer Bremen. https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/5295/1/Mindeslohn_und_Tariftreue_im_Landesvergaberecht.pdf
Krause, R. (2019). *Weiterentwicklung des Tariftreuerechts.* Berlin: Duncker & Humblot.
Kühl, A. (2017). *Zum neuen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Vergaberechtsreform 2016.* Vergabeblog: Nr. 28961 vom 6.2.2017. https://www.vergabeblog.de/2017-02-06/zum-neuen-verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz-der-vergaberechtsreform-2016/
Kunzlik, P. (2013). Neoliberalism and the European Public Procurement Regime. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *15*, 283–356.
Larsson, O. & Naurin, D. (2016). Judicial Independence and Political Uncertainty: How the Risk of Override Affects the Court of Justice of the EU. *International Organization*, *70*(2), 377–408.
Lehndorff, S. (Hrsg.). (2014). *Spaltende Integration. Der Triumph gescheiterter Ideen in Europa – revisited. Zehn Länderstudien.* Hamburg: VSA-Verlag.
Lubow, A. & Schmidt, S. K. (2021). A hidden champion? The European Court of Justice as an agenda-setter in the case of posted workers *Public Administration*, *99*, 321–334.
Ludlow, A. (2014). The Public Procurement Rules in Action: An Empirical Exploration of Social Impact and Ideology. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *16*, 13–37.
Martinsen, D. S. (2015). Judicial Influence on Policy Outputs? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union. *Comparative Political Studies*, *48*(12), 1622–1660.
Menz, G. & Crespy, A. (Hrsg.). (2015). *Social policy and the Eurocrisis. Quo Vadis social Europe*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
Meurers, D. (2020). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht*. Dissertation. Nomos; Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
Nassibi, G., Rödl, F. & Schulten, T. (2016). *Perspektiven Vergabespezifischer Mindestlöhne nach dem Regio-Post-Urteil des EuGH* (Policy Brief 3). Düsseldorf: WSI.
Pecinovsky, P. (2016). Evolutions in the Social Case Law of the Court of Justice. *European Labour Law Journal*, *7*(2), 294–309.
Picard, S. & Pochet, P. (2018). The Posting of Workers Saga: A Potted Version of the Challenges Engulfing Social Europe. *SSRN Electronic Journal*, *5*, 187.
Refslund, B., Jaehrling, K., Johnson, M., Koukiadaki, A., Larsen, T. P. & Stiehm, C. (2020). Moving In and Out of the Shadow of European Case Law: the Dynamics of Public Procurement in the Post-Post- Rüffert Era. *Journal of Common Market Studies*, *58*(6), 1165–1181.
Riese, C. (1998). *Vergaberecht. Grundlagen – Verfahren – Rechtsschutz.* Berlin, Heidelberg, s.l.: Springer Berlin Heidelberg.
Riesenhuber, K. (2018). Die Änderungen der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, *35*(22), 1433–1439.
Riesenhuber, K. (2020). Die qualifizierten Rechtsquellen nach der Entsenderichtlinie – Dogmatik und Bedeutung für das Tariftreuerecht, *13*(4), 423–439.
Rittner, F. (1999). Die „sozialen Belange" i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, *10*(22), 677–680.

Robin-Olivier, S. (2018). Fundamental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis. *European Constitutional Law Review*, *14*(1), 96–113.
Rust, U. (1999). GWB-Vergaberecht und soziale Standards. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, *10*(15), 453–457.
Sack, D. (2010). Europäisierungsdruck und Parteiendifferenz in den deutschen Bundesländern. *Politische Vierteljahresschrift*, *51*(4), 619–642.
Sack, D. & Sarter, E. K. (2018a). Strategic use and social taming – opening up the doctrine of market competition in public procurement. In H. Heinelt & S. Münch (Hrsg.), *Handbook of European Policies* (S. 371–388). Edward Elgar.
Sack, D. & Sarter, E. K. (2018b). Collective bargaining, minimum wages and public procurement in Germany: Regulatory adjustments to the neoliberal drift of a coordinated market economy. *Journal of Industrial Relations*, *60*(5), 669–690.
Sack, D. & Sarter, E. K. (2016). Der Europäische Gerichtshof und die deutschen Bundesländer – Sozialpolitisierung und Rechtsunsicherheit im europäisierten Föderalismus. In B. Rehder & I. Schneider (Hrsg.), *Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa* (S. 343–366). Baden-Baden: Nomos.
Sánchez Graells, A. (Hrsg.) (2018). *Smart public procurement and labour standards. Pushing the discussion after RegioPost* (S. 60–85). Hart Publishing: Portland Oregon.
Scharpf, F. (2010). The asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a 'social market economy. 211–250. *Socio-Economic Review*, *8*(2).
Schmidt, S. K. (2015). The Shadow of Case Law: The Court of Justice of the European Union and the Policy Process. In J. Richardson & S. Mazey (Hrsg.), *European Union : power and policy-making* (4. Aufl., S. 159–188). London: Routledge.
Schmidt, S. K. (2018). *The European Court of Justice and the policy process. The shadow of case law*. Oxford: Oxford University Press.
Schmidt, Susanne K. (2012): Who cares about nationality? The path-dependent case law of the ECJ from goods to citizens. In: *Journal of European Public Policy* 19 (1), S. 8–24.
Schulten, T. (2014). Warum landespezifische Mindestlohnvorgaben im Vergabegesetz trotz allgemeinem Mindestlohn eine Zukunft haben könnten. *Euroforum Newsletter Vergaberecht*, (15), 4–5.
Schulten, T. & Pawicki, M. (2008). Tariftreueregelungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick. *WSI-Mitteilungen*, (4), 184–190.
Schulten, T. & Pusch, T. (2019). Mindestlohn von 12 €: Auswirkungen und Perspektiven. *Wirtschaftsdienst*, *99*(5), 335–339.
Schulten, T. (2020). *Tariftreue und Mindestlöhne in den Landesvergabegesetzen. Präsentation zum Webinar von DGB und FES zur Öffentlichen Auftragsvergabe, 16.6.2020* https://www.dgb.de/themen/++co++8237bc36-c204-11ea-9de3-52540088cada
Seeliger, M. & Wagner, I. (2018). A socialization paradox: trade union policy cooperation in the case of the enforcement directive of the posting of workers directive. *Socio-Economic Review*, *10*, 705.
Seikel, D. (2014). Daniel Seikel Nationale Anpassungsstrategien an das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes. Europäisierung durch Richterrecht und innenpolitische Veto-Positionen. *WSI-Diskussionspapier*, *189*.
Seikel, D. (2015). Class struggle in the shadow of Luxembourg. The domestic impact of the European Court of Justice's case law on the regulation of working conditions. *Journal of European Public Policy*, *22*(8), 1166–1185.

Seikel, D. (2018). Entsendung: Politik muss neue Möglichkeiten zur Begrenzung von Lohnwettbewerb nutzen. Blog-Beitrag (Blog.WSI, 29.5.2018). https://www.boeckler.de/wsi_blog_114125.htm

Semple, A. (2016). The link to the subject matter: a glass ceiling for sustainable public contracts? In B. Sjafjell & A. Wiesbrock (Hrsg.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law* (S. 50–74). Cambridge: Cambridge University Press.

Semple, A. (2018). *Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making?* Doctoral Thesis. University of London, Birkbeck College.

Stone Sweet, A. & Brunell, T. (2012). The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override. *American Political Science Review*, *106*(1), 204–213.

Streeck, W. & Thelen, K. A. (Hrsg.). (2005). *Beyond continuity. Institutional change in advanced political economies*. Oxford: Oxford University Press.

Thomann, E. & Sager, F. (2017). Moving beyond legal compliance: innovative approaches to EU multilevel implementation. *Journal of European Public Policy*, *24*(9), 1253–1268.

Thomson, R. (2010). Opposition through the back door in the transposition of EU directives. *European Union Politics*, *11*(4), 577–596.

UNI-Europa, EFFAT, ETUF-TCL, FERCO, EFCI & EURATEX. (2008). *Gemeinsame Erklärung: Hin zu einer verantwortungsbewussten Vergabe von Aufträgen*. Brüssel. https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?mode=dsw&docId=8653&langId=de

Van den Abeele, E. (2014). *Integrating Social and Environmental Dimensions in Public Procurement: One Small Step for the Internal Market, One Giant Leap for the EU*? (ETUI Working Paper 8). Brüssel: ETUI. https://doi.org/10.2139/ssrn.2523891

Vanhercke, B., Spasova, S., Ghailani, D. & Pochet, P. (2020). Conclusions: the twists and turns of two decades of EU social policymaking. In B. Vanhercke, D. Ghailani, S. Spasova & P. Pochet (Hrsg.), *Social policy in the European Union 1999–2019. The long and winding road* (S. 183–202). Brussels: European Trade Union Institute (ETUI); European Social Observatory (OSE).

Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft [Ver.di] Berlin Brandenburg (2020): ver.di-Forderungen zu den Entgelttarifverhandlungen für Sicherheitsdienstleistungen in Berlin/Brandenburg. Schreiben von Ver.di Berlin/Brandenburg, Fachbereich 13, an den Bundesverband der Sicherheitswirtschaft (BDSW) vom 24.09.2020. Berlin

Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft [Ver.di] (2019): Bundesvorstand: Kein staatliches Lohndumping! (Wirtschaftspolitik aktuell Nr. 19). Berlin.

Vesan, P., Corti, F. & Sabato, S. (2021). The European Commission's entrepreneurship and the social dimension of the European Semester: from the European Pillar of Social Rights to the Covid-19 pandemic. *Comparative European Politics*, *19*(1), 277–295.

Walser, M. (2020). Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales. Ausschussdrucksache 19(11)705neu vom 15. Juni 2020. In Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020* (S. 77–92). Berlin.

Wiesbrock, A. (2016). Socially responsible public procurement: European value or national choice? In B. Sjafjell & A. Wiesbrock (Hrsg.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law* (S. 75–98). Cambridge: Cambridge University Press.

Wincott, D. (2001). The Court of Justice and the European policy process: Power and Policy-Making. In J. J. Richardson (Hrsg.), *European Union. Power and policy-making* (2. Aufl., S. 170–184). London: Routledge.

Wolf, H. (2016). *Rot-Rot in Berlin. 2002 bis 2011: eine (selbst)kritische Bilanz*. Hamburg: VSA.

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes [ZDB] (2020). Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucksache 19/19371 zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. In Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020* (S. 109–119). Berlin.

Zimmer, R. (2019). Berücksichtigung sozialer Standards im Vergaberecht. Auswirkungen der Revision der Entsenderichtlinie. *Arbeit und Recht (AuR)*, (4), 152–157.

Teil II

Vergabepraxis



Einführung: Vergabepraxis als 'Street-level Market Making' 5

Dieser Teil widmet sich der Vergabepraxis und stellt den Schwerpunkt unserer eigenen Untersuchung dar. Diese Schwerpunktsetzung beruht auf der grundlegenden Annahme, dass Märkte – auch und gerade die öffentlichen Beschaffungsmärkte – nicht lediglich durch einschlägige Gesetze, Rechtsprechung und ministerielle Verordnungen gestaltet werden, sondern auch durch die alltäglichen Verwaltungsentscheidungen und Interaktionen zwischen den Verwaltungsstellen und anderen Akteuren, die von diesen Entscheidungen betroffen sind. In unserem Fall sind dies insbesondere die teilnehmenden Firmen, sowie weitere organisierte Interessen, vor allem Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Vereinigungen von Konsument*innen der eingekauften Leistungen. ‚Market making' ist mit anderen Worten zu guten Teilen ‚street-level market making': In den Interaktionen auf den unteren Politik- und Verwaltungsebenen, die das vergabespezifische Regelwerk anwenden, wird wesentlich mit darüber bestimmt, wie stark der Preiswettbewerb um staatliche Aufträge eingeschränkt oder intensiviert wird.

Dieser Grundgedanke knüpft einerseits an etablierte Erkenntnisse der politikwissenschaftlichen und soziologischen Verwaltungsforschung an, die seit den 1970er Jahren im Rahmen der Implementationsforschung verdeutlicht hat, dass bei der Implementation politischer „Programme" erhebliche Kontingenzspielräume für die Verwaltung bestehen (u. a. Mayntz 1980, 1983) und diese damit eben effektiv auch ‚Politik macht' (u. a. Howlett 2019; Martinsen et al. 2019). Dies gilt nicht nur für die Führungsebenen der Verwaltung, die zunächst im Fokus der Forschung standen, sondern auch für nachgeordnete Ebenen, welche zugleich die personelle Schnittstelle zwischen Verwaltung und Gesellschaft, also sozusagen das Gesicht der Behörde zu den Bürgerinnen und Bürgern sind. Letzteres ist insbesondere von der soziologischen Forschungslinie zur ‚street-level bureaucracy' (Lipsky 1980; Brodkin 2011; Hupe et al. 2015) herausgearbeitet worden.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_5

Mit dem Ausdruck ‚street-level market making' knüpfen wir an diese Forschungstradition an und nutzen sie gewissermaßen als Brille, durch die wir Vergabepraxis betrachten und versuchen, sie verstehend zu erklären.

Der Ausdruck ‚street-level bureaucracy' wurde von Michael Lipsky (1969) geprägt und bezeichnet jene Behörden, deren Angestellte in direkter Interaktion mit Bürgerinnen und Bürgern stehen und ihnen staatliche Leistungen oder auch Strafen zuteilen. Dazu zählen etwa Schulen, Polizei, die niedere Gerichtsbarkeit oder Arbeitsämter. Lipsky analysiert in seiner Studie die Art und Weise wie Lehrer*innen, Polizist*innen, Sozialarbeiter*innen und andere ‚street-level bureaucrats' ihre Ermessensspielräume nutzen und identifiziert gemeinsame Muster in den Handlungspraktiken und -rationalitäten dieser beruflich sehr heterogenen Gruppe. Diese Handlungspraktiken und Interaktionen zwischen Bürger*innen und staatlichen Bediensteten sind, so Lipskys Kernargument, ein wichtiger Bestandteil von Politik. Anstelle der strikten Trennung von Politik und Verwaltung, wie im idealtypischen Bürokratiemodell von Max Weber, wird Politik im Verständnis der ‚street-level bureaucracy'-These nicht lediglich durch Gesetzgebung und Verwaltungserlasse gemacht, also nicht nur zwischen Parteien, Regierungen und Interessengruppen ausgehandelt, sondern es sind die alltäglichen Interaktionen und Entscheidungen auf der ‚Straßen-Ebene', die Politik ausgestalten und ihre Effekte wesentlich mitbeeinflussen.

Nun sind die Verwaltungseinheiten, die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge befasst sind, keine ‚street level bureaucracies' in dem oben skizzierten Begriffssinn. Dennoch gibt es Parallelen in Bezug auf die Herausforderungen und Rahmenbedingungen, unter denen die Vergabestellen handeln. Zentrale analytische Unterscheidungen und Befunde zur ‚street-level bureaucracy' lassen sich daher in heuristischer Weise nutzen, also als Anleitung für die Suche und Erklärung von Handlungsmustern in der Vergabepraxis. Daher seien hier zunächst kurz die Grundzüge dieses Bürokratiemodells erläutert, soweit relevant für die nachfolgende Analyse.

5.1 Street-level bureaucracy – Grundzüge eines alternativen Bürokratiemodells

Zentrales Merkmale dieses Bürokratiemodells ist *erstens* der hohe Stellenwert von Ermessenspielräumen und das damit verbundene Handlungsmodell: Bürokratisches Handeln wird nicht, wie im idealtypischen Bürokratiemodell von Max Weber, als maschinenähnlicher Regelvollzug konstruiert, bei dem die gesatzten Regeln in weitgehend berechenbarer Weise angewendet werden. Nicht der

Regelvollzug, sondern der Umgang mit Ermessensspielräumen wird gewissermaßen als Standardsituation konzipiert. Zwar haben Ermessensspielräume auch im Weber'schen Bürokratiemodell ihren Platz; sie werden dort jedoch von den Beamten auf Basis ihrer fachlichen Expertise ausschließlich im Sinne der Organisationsziele gefüllt. Dass sich staatliche Bedienstete im Umgang mit Ermessenspielräumen von den Organisationszielen leiten lassen, wird zwar auch in der Perspektive der ‚street-level bureaucracy' anerkannt, aber nur als eine von mehreren Rollenerwartungen. Wichtiger Bezugspunkt des Handelns sind daneben Vorstellungen von einem „service ideal", bzw. einer „ideal conception of the job" (Lipsky 1980, S. xii), die ihrerseits durch kollektiv geteilte und auf das Gemeinwohl bezogene Normen geprägt sind.

Es ist kein Zufall, dass es sich bei vielen Berufsgruppen, die im Blickpunkt der ‚street level bureaucracy'-Literatur stehen, um Professionen handelt. Als deren Kennzeichen gilt gemeinhin der relativ hohe Grad an Autonomie und die Orientierung an professionsspezifischen gemeinwohlbezogenen Normen. Im Falle der ‚street-level bureaucracies' beziehen sie sich typischerweise auf das individuelle Wohl der Adressaten der jeweiligen Leistungen oder Sanktionen, sind also klientenzentrierte („client-centered") Ziele. Auch Angehörigen anderer, nicht-professionalisierter Berufe wird diese Orientierung am Gemeinwohl als Spezifikum des Berufsethos im öffentlichen Dienst aber attestiert. Diese Annahme teilt die Theorie der ‚street-level bureaucracy' im Übrigen mit einer breiten Literatur zu Werthaltungen im öffentlichen Dienst, auf die wir in Abschn. 5.3 noch näher zu sprechen kommen.

Dabei stoßen die street-level bureaucrats – und dies ist die *zweite* Kernannahme – allerdings berufsübergreifend auf ähnliche widrige Rahmenbedingungen, die es ihnen erschwert, ihre Aufgaben gemäß ihrer ‚ideal conception of the job' auszuüben. Dies ist zum einen ein Ungleichgewicht zwischen *Ressourcen* und der Nachfrage nach eben diesen Ressourcen. Street-level bureaucrats stehen üblicherweise vor der Aufgabe, eine massenhafte Anzahl von Fällen in knapper Zeit zu bearbeiten („mass-processing"). Hinzu kommt zweitens das Problem von *uneindeutigen und zum Teil widersprüchlichen Zielen.* So können *klientenzentrierte*, auf individuelle Bedarfe abstellende Ziele in Konflikt mit der Erwartung geraten, mithilfe der Leistung oder Sanktion auf die Verwirklichung *gesellschaftlicher* Ziele (sogenannter „social engineering goals") hinzuwirken. Klientenzentrierte Ziele können auch in Konflikt mit *Organisationszielen* geraten, zumal wenn sich letztere infolge politischer Reformen ändern. Auf beide Arten von Zielkonflikten beziehen sich zahlreiche Forschungsarbeiten, die sich in Anwendung und Weiterentwicklung des SLB-Ansatzes mit dem Paradigmenwechsel zum aktivierenden Wohlfahrtsstaat und der damit gepaarten Re-Organisation von Dienstleistungen

in der Arbeitsförderung, Jugend- und Sozialhilfe befasst haben (u. a. Evans und Harris 2004; Brodkin 2011; Evans 2016).

Des Weiteren können Zielkonflikte und eine mangelnde Eindeutigkeit von Zielen auch daher rühren, dass die Organisationsziele oder die professionsspezifischen klientenzentrierten Ziele in sich selbst widersprüchlich oder zu allgemein gehalten sind. Im Falle von professionsspezifischen Zielen gibt es typischerweise nicht nur einen einzigen, allseits geteilten und über die Zeit unveränderlichen Verhaltenskodex (Lipsky 1980, S. 41). Im Falle von Organisationszielen bzw. organisationsübergreifenden politischen Vorgaben werden widersprüchliche Ziele oftmals in nur oberflächlicher Form in Kompromissformeln gegossen und damit zur Bearbeitung an die ausführenden Ebenen delegiert. Neben solchen expliziten (Schein-)Kompromissen verweist Lipsky zudem auf die Möglichkeit einer sukzessiven Anreicherung politischer Programme mit unterschiedlichen Zielen im Laufe der Zeit, bei der die Akteure mehr oder minder bewusst darauf verzichten, diese in widerspruchsfreier Weise miteinander zu verbinden oder in eine klare Rangordnung zu bringen, um die zugrundeliegenden Konflikte nicht offen anzugehen. Schließlich können Zielkonflikte auch ein Resultat vielfältiger Rollenerwartungen sein, die von der Öffentlichkeit, von Angehörigen der gleichen Berufsgruppe (‚peers'), und nicht zuletzt auch von den Klient*innen an die street-level bureaucrats herangetragen werden.

Lipsky fasst demnach die grundlegende Herausforderung von street-level bureaucracies folgendermaßen zusammen:

> „Street-level bureaucrats attempt to do a good job in some way. The job, however, is in a sense impossible to do in ideal terms. How is the job to be accomplished with inadequate resources, few controls, indeterminate objectives, and discouraging circumstances?" (Lipsky 1980, S. 82).

In dieser Situation entwickeln ‚street-level bureaucrats' – und dies ist der *dritte* zentrale Argumentationsbaustein – verschiedene ‚Bewältigungsstrategien' („coping strategies"), um die Diskrepanz zwischen Ideal und Wirklichkeit zu verringern. Dies schließt zum einen bestimmte Handlungspraktiken und -routinen ein, mit denen Beschäftigte Kompromisse in der Ausbalancierung von Zielkonflikten unter den Bedingungen von Ressourcenknappheit schließen. Zum anderen schließt dies kognitive Anpassungen an, seien es Modifikationen des eigenen Aufgabenverständnisses (durch Abstriche von den eigenen Ambitionen, klare Ziel-Priorisierungen); oder veränderte Wahrnehmungen der Leistungsempfänger, etwa indem diese in mehr oder weniger unterstützungswürdige Gruppen unterteilt werden. Diese kognitiven Strategien dienen dazu, die Abweichung vom ‚service

ideal' vor sich selbst, und in zweiter Linie vor der Öffentlichkeit zu rechtfertigen und kognitive Dissonanzen zu verringern.

Für diese Praktiken gilt das gleiche, was Hansbauer als angemessene Perspektive für das Verständnis von ‚Mikrorationalitäten des Verwaltungshandelns' beschreibt: Diese werden

> „nicht als organisatorische Pathologien verstanden und unter Schlagworten wie ‚Vollzugsdefizit', ‚Zielverschiebung' oder ‚ungewollte Selektivität' thematisiert (vgl. Mayntz 1985, 216ff), sondern (…) als Anpassungsleistung von Akteuren an situativ gegebene Ungewissheitszonen" (Hansbauer 1996, S. 69).

Bürokratische Handlungen sind demnach nicht als rein zweckrationale Wahlhandlungen zu verstehen, sondern folgen häufig auch sozial definierten Regeln der Angemessenheit, die im direkten sozialen Umfeld (Kolleg*innen) wie auch durch externe Instanzen (z. B. Berufsverbände) mitgeprägt werden.[1]

5.2 Heuristik für die Analyse des ‚street-level market making'

Die Kritik am Weber'schen Bürokratiemodell und die Formulierung alternativer Konzeptionen hat sich insbesondere mit Blick auf soziale, personenbezogene Dienstleistungen entwickelt. Dies hängt eng mit dem interaktiven, personenbezogenen Charakter dieser Dienstleistungen zusammen; Ermessensspielräume liegen hier, so Lipsky (1980, S. 15), in der Natur ihrer Aufgabe. Denn erst diese Spielräume erlauben es, in der interaktiven Arbeit mit Menschen allgemeine Zielsetzungen in eine Entscheidung zu übersetzen, die den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung trägt und damit den professionsspezifischen klientenzentrierten Normen gerecht wird (ähnlich Klatetzki 2010). Eine grundsätzlich bejahende Haltung zu Ermessensspielräume ist demnach gewissermaßen fester Bestandteil des professionellen Selbstverständnisses von Erwerbstätigen, die in personenbezogenen Dienstleistungen tätig sind.

[1] Darüber hinaus hat ein Teil der Literatur unter der Bezeichnung der ‚street-level entrepreneurs' auf den kreativen Aspekt dieser Handlungen verwiesen: Die gefundenen Lösungen lassen sich nicht lediglich als Kompromisse zwischen Ideal und Wirklichkeit begreifen, also als ‚zweitbeste Lösungen', sondern können auch einen innovativen Charakter besitzen (Piore 2011; Arnold 2015).

Hier liegt die Frage nah, ob dies für andere Bereiche staatlicher Verwaltung, etwa die öffentliche Auftragsvergabe, ebenso gilt. Auf politischer Ebene ist jedenfalls, wie im ersten Teil dieses Buches gesehen, ja durchaus umstritten, welche Ermessensspielräume in der Vergabepraxis in Bezug auf die Berücksichtigung sozialer Ziele sinnvoll sind (Kann- vs. Muss-/Soll-Regeln). Es ist daher auch keineswegs ausgemacht, dass unter Vergabepraktiker*innen selbst eine ungebrochen positive Haltung zu Ermessensspielräumen vorherrscht. Auch die Entscheidungsinhalte und die Beziehungen zu den Adressaten der Entscheidungen sind so verschieden, dass sich viele der von Lipsky und anderen Studien dieser Forschungstradition beschriebenen Praktiken kaum als Schablone bei der Suche nach ähnlichen Praktiken in der Auftragsvergabe verwenden lassen. Vergabepraktiker*innen gewähren beispielsweise keine Leistungen, daher können Routinen wie die Rationierung von Leistungen kaum eine Antwort auf Handlungsdilemmata in der Vergabepraxis sein.

Wohl aber lässt sich auf allgemeinerer Ebene fragen, inwieweit Vergabefachkräfte im Alltag mit Diskrepanzen zwischen den Anforderungen und Ressourcen zu tun haben, und wie sie unter Nutzung ihrer Ermessensspielräume damit umgehen. Wie sieht das professionsspezifische ‚service ideal' der Vergabeverantwortlichen aus; welche professionellen Normen ziehen sie als Maßstab für ihr Handeln heran? Inwieweit geraten diese Normen in Konflikt mit anderen Normen – seien es politische Vorgaben oder gesellschaftliche Erwartungen? Inwieweit nehmen hier die oben beschriebenen Trends – die Vermarktlichung bzw. die Sozialpolitisierung der Auftragsvergabe – Einfluss auf den professionellen Zielkanon? Allgemeiner gefragt, welche typischen Herausforderungen und Handlungsdilemmata entstehen unter den gegebenen Rahmenbedingungen für die Vergabefachkräfte bei dem Versuch, ihre Vorstellungen eines angemessenen Verwaltungshandelns in die Praxis umzusetzen? Und welche praktischen Handlungsmuster und Kompromisse entwickeln sie, um diese Herausforderungen und Handlungsdilemmata zu bewältigen, um also die Lücke zwischen Ideal und Wirklichkeit zu schließen und unter den gegebenen Bedingungen ‚einen guten Job' zu tun?

Dieser Fragenkanon veranschaulicht den heuristischen Grundgedanken unserer Herangehensweise: So wie Max Webers idealtypisches Bürokratiemodell lange Zeit als Vergleichsfolie für die empirische soziologische Verwaltungsforschung herangezogen wurde, verstehen wir das Bürokratiemodell der ‚Street-level bureaucracy' als alternativen Idealtypus, der uns zu Vergleichszwecken dient und bei der Eingrenzung von Themen hilft, auf die wir bei der Auswertung einen Akzent setzen. Dabei macht sich die Analyse ebenfalls die oben skizzierte Sicht auf die zugrundeliegende Handlungsrationalität zu eigen: Auch

dann, wenn die entwickelten Sichtweisen und Standardverfahren sich von Organisationszielen bzw. politischen Vorgaben – wie etwa der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe – entfernen, oder in sich widersprüchlich sind, werden sich nicht als defizitäre Varianten zweckrationalen Handelns aufgefasst, sondern a priori als rationale, an situative Bedingungen angepasste Strategien, die in der Vergabepraxis den Umgang mit Einzelfällen anleiten und zugleich legitimieren. Dieses wertneutrale Verständnis schließt zugleich nicht aus, dass die identifizierten Handlungsmuster und Überzeugungen im Hinblick auf spezifische Ziele hin evaluiert werden können. In unserem Fall bleibt dies unsere Leitfrage, inwieweit sie dazu angetan sind, den Preiswettbewerb zugunsten besserer Arbeitsbedingungen einzuschränken.

Mit diesem heuristischen Grundgedanken wenden wir uns im folgenden Absatz nun dem Forschungsstand zu, der sich mit dem Einfluss von Vermarktlichung oder ‚Ökonomisierung' auf das Rollen- und Aufgabenverständnis von Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung befasst, und präzisieren dabei unsere Perspektive weiter.

5.3 Vermarktlichung und berufliches Ethos in der öffentlichen Beschaffung – Forschungsstand und offene Fragen

5.3.1 Zum Aufgabenverständnis von öffentlich Bediensteten unter dem Einfluss von ‚Ökonomisierung' und ‚Managerialisierung'

Der Zusammenhang zwischen Vermarktlichung und beruflichem Ethos von öffentlichen Bediensteten ist bereits durch zahlreiche Forschungsarbeiten beleuchtet worden. Im Vordergrund stand dabei die Frage, wie sich die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors, in Gestalt der Binnenmodernisierung der Verwaltung nach den Prinzipien des ‚New Public Management' sowie Sparzielen für öffentliche Haushalte, auf Werthaltungen und Handlungsorientierungen von Beschäftigten ausgewirkt hat (u. a. Behnke 2005; Schimank und Volkmann 2008; Flecker et al. 2014b; Sondermann et al. 2014; Klenk und Pavolini 2015; Greer et al. 2017; Gottschall et al. 2017; Graß et al. 2019; Vogel und Pfeuffer 2019). Viele dieser Arbeiten – insbesondere solche, die sich auf personenbezogene Dienstleistungsbereiche beziehen (Bildungseinrichtungen, Arbeitsmarkt- und Sozialverwaltung, Gesundheitsdienstleistungen) – haben dabei Spannungsverhältnisse herausgearbeitet, die durch die neue Ausrichtung an Kosteneffizienz

und Kennziffern zur Leistungssteuerung für Berufstätige in diesen Bereichen entstehen. Die Ökonomisierung spitzt nach diesen Befunden gewissermaßen eine basale Konfliktlinie zu, die verwaltungs- und organisationssoziologische Arbeiten (u. a. die Beiträge in Mayntz 1968; Freidson 1986; Lipsky 1980) als Interessengegensatz zwischen Berufsgruppen mit unterschiedlichen Aufgabenverständnissen thematisiert haben: Nämlich zwischen den ‚professionals' bzw. allgemeiner den ‚Spezialisten' auf der einen Seite und den ‚managers/administrators' bzw. ‚Generalisten ' auf der anderen Seite[2] (ausführlich Janning 1998, S. 342 ff.). Letztere priorisieren Organisationsziele – einschließlich externer Anforderungen aus dem institutionellen Umfeld der Organisation (zum Beispiel politische Vorgaben oder technische Normen) – und eine effiziente Leistungserstellung, und sind zu diesem Zweck auch um eine entsprechende Steuerung und Kontrolle von Spezialisten bemüht, unter anderem durch eine Standardisierung ihrer Leistungen sowie die Rationierung und Kontrolle ihrer zeitlichen Ressourcen.

All dies sind Facetten, die ausweislich zahlreicher Studien mit der Ökonomisierung und ‚Managerialisierung' der Verwaltung in spezifischer Weise intensiviert wurden – vor allem in Form einer stärkeren Ausrichtung von Organisationen an betriebswirtschaftlichen Zielen sowie der Einführung marktförmiger interner Steuerungsmechanismen (Zielvereinbarungen, Leistungsvergleiche, künstliche Wettbewerbe), welche den Problemdiagnosen und dem Aufgabenverständnis von ‚professionals' vielfach entgegenstehen. Bezogen beispielsweise auf die Arbeitsverwaltung kommen verschiedene Studien zu dem Ergebnis, dass durch die manageriale Umgestaltung sowohl mithilfe *direkter* Weisungen (Evans und Harris 2004; Rice 2013), als auch durch *indirekte* Einschränkungen mittels Kennziffernsteuerung und anderen Controlling-Instrumenten de facto Anreize

---

[2] Die verschiedenen Begriffspaare (‚managers' oder ‚administrators' vs. ‚professionals' und ‚Spezialisten' vs. ‚Generalisten') sind in ihrer Bedeutung nicht deckungsgleich und werden in der Literatur unterschiedlich gefüllt. Während manche empirischen und konzeptionellen Beiträge der Gruppe der ‚professionals' vor allem Professionen im engeren Sinne zuordnen (etwa Ärzt*innen, Anwält*innen, Architekt*innen, Wissenschaftler*innen), legen andere Arbeiten ein weiter gefasstes Verständnis zugrunde, das wir hier übernehmen. Demnach zeichnet sich ‚professionals' bzw. ‚Spezialisten' durch „eine dominante Orientierung an dem gelernten Berufswissen und eine entsprechend starke Orientierung an der Bezugsgruppe, den Fachkollegen" (Mayntz 1985, S. 178) wohingegen sich ‚Generalisten' eher an organisationsinternen Regeln orientieren – letztere umfassen in diesem Verständnis typischerweise Verwaltungsjurist*innen in Leitungsfunktionen, aber auch „den Generalisten auf den nachgeordneten Verwaltungsebenen in der Form des kleinen administrativen Routiniers, dessen verwaltungsinterne Ausbildung vor allem in der Vermittlung von Regel und Gesetzeswissen bestand" (ebda.). Um eine gedankliche Engführung auf Professionen zu vermeiden, verwenden wir im Folgenden daher den Ausdruck ‚Spezialisten'.

zugunsten von Beratungs- und Vermittlungsstrategien gesetzt werden, welche dem Anspruch einer stärkeren Berücksichtigung individueller Klient*innen-Bedarfe zuwiderlaufen (u. a. Bonvin und Maochon 2007; Brodkin 2011; Soss et al. 2011; Jaehrling 2015; Sowa et al. 2020).

Aus der Perspektive der Spezialistinnen und Spezialisten kommt die ‚Managerialisierung' daher einem Angriff auf ihre eigenen professionellen Standards und Autonomie gleich (Schimank 2015), nicht nur durch Standardisierung und engmaschigere Leistungskontrollen, sondern auch durch die Rekrutierung von Personen mit geringerer fachlicher Qualifikation für (Teil-) Aufgaben der Spezialisten (s. auch Greer et al. 2017, S. 106 ff.). Das generalisierte Misstrauen gegenüber der Gemeinwohlorientierung und der Leistungsfähigkeit und -bereitschaft öffentlich Bediensteter, das in den NPM-Reformen und begleitenden Diskursen zum Ausdruck kommt, erzeugt zudem auch bei gering qualifizierten Beschäftigten ohne starke berufsfachliche Orientierung, etwa bei Post oder Müllabfuhr, vielfältige „Anerkennungs- und Wertschätzungskonflikte" (Grabe et al. 2012; Flecker et al. 2014a; Vogel und Pfeuffer 2019).

Allerdings verdeutlichen die Befunde zugleich, dass der idealtypische Interessengegensatz zwischen administrativen Führungskräften und Spezialisten, bzw. zwischen ‚traditioneller' und ‚managerialistischer' Werthaltung, die Unterschiede und interne Kohärenz von tatsächlich vorfindbaren Handlungsorientierungen eher überzeichnet. Dies hat zum einem mit der beruflichen Sozialisierung von Angehörigen beider Statusgruppen zu tun: So werden Leitungspositionen oftmals mit Angehörigen der gleichen Berufsgruppe wie die Spezialisten besetzt (Evans 2011; Wolf und Ostermann 2019). Auch in den Verwaltungsausbildungen für Führungskräfte haben managerialistische Reformen zumindest in Deutschland nur wenig Spuren hinterlassen; weiterhin spiegeln nach einer Untersuchung von Schröter und Röber (2015) die dort vermittelten Rollenbilder und Werte ganz überwiegend die starke legalistische Verwaltungstradition in Deutschland wider. Auf Seiten der ‚Spezialisten' lässt zudem die Reduzierung ihres Wertekanons auf die Gemeinwohlorientierung in Vergessenheit geraten, dass die traditionell legalistische Verwaltungskultur ebenfalls Handlungsdispositionen hervorbringen konnten, die vor allem Prozessnormen (wie Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns), und weniger ergebnisbezogenen Gemeinwohlvorstellungen den Vorrang gaben. Schließlich haben auch hierarchische Steuerungsformen standardisierten Handlungsprogrammen zur Geltung verholfen, die etwa im Bereich personenbezogener Dienstleistungen die „repressive Dimension von Sozialpolitik" (Greven et al. 1980, S. 143) akzentuiert haben und eben nicht allein an Klientenbedürfnissen ausgerichtet waren (s. auch Paugam 1993). Der Bruch zwischen dem Vorher und Nachher dürfte insofern auch weniger stark ausfallen als die idealtypische

Gegenüberstellung von traditioneller Gemeinwohlorientierung hier und modernen managerialistischen Wertvorstellungen dort vermuten lässt.

Darüber hinaus haben die NPM-Reformen in Deutschland wie auch in anderen Ländern Gegenbewegungen in Gang gesetzt, die die Gemeinwohlorientierung von öffentlich Bediensteten ins Zentrum von Leitbildern und organisatorischen Reformen rückten (Behnke 2009; Pfeuffer et al. 2014). Bereits die Konzepte des ‚Neuen Steuerungsmodells' (NSM) in Deutschland, und des ‚New Public Service' (NPS) in der internationalen Debatte (Denhardt und Denhardt 2003) haben die einseitig betriebswirtschaftliche Reformausrichtung durch eine stärkere Betonung von Zielen wie Kundenorientierung, Transparenz und Dienstleistungsorientierung ergänzt. In neueren Leitbildern zur „kundenorientierten Verwaltung" (Lorig 2009), oder im Reformmodell der "Bürger-Kommune" (Bogumil et al. 2003), wurde auch die einseitige Beschränkung auf den Bürger als Konsumenten zugunsten anspruchsvollerer Beteiligungsrollen aufgegeben. Moderne Verwaltungsleitbilder haben den einseitig betriebswirtschaftlich geprägten Reformkonzepten also schon seit längerem die Spitze gebrochen.

Wohl auch in Anerkennung dieser empirischen Gemengelage werden die normativen Konflikte rund um die Ökonomisierung des öffentlichen Dienstes seltener als Konflikte zwischen konkreten Berufsgruppen, sondern als Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen ‚Verwaltungskulturen' (König et al. 2014), ‚Rechtfertigungsordnungen' (Wiegrefe 2014, mit Rekurs auf Boltanski und Thévenot 2007) oder ‚institutionellen Logiken' (Reich 2014; Wolf und Ostermann 2019) thematisiert. Diese Ordnungen, Kulturen oder Logiken ringen im Verwaltungsalltag um Geltung und müssen von den Beschäftigten auf verschiedene Weisen ausbalanciert oder jedenfalls in Beziehung zueinander gesetzt werden. Übereinstimmend identifizieren eine Reihe von Studien dabei Beharrungstendenzen der Beschäftigten zugunsten ihres hergebrachten Aufgabenverständnisses. Dies gilt erneut über alle Berufs- und Statusgruppen hinweg; also nicht nur für die Spezialist*innen in den personenbezogenen Dienstleistungsbereichen, sondern auch für administrative Führungskräfte (Wiegrefe 2014) und für Berufstätige in den Bereichen der Daseinsvorsorge und Infrastrukturleistungen (ÖPNV, Müllabfuhr, Post, Stadtwerke, Grünflächenamt). Letztere verstehen vor allem die kontinuierliche und flächendeckende Versorgung mit wichtigen Gütern und Dienstleistungen des Alltags als ihren gemeinwohlbezogenen Auftrag (Vogel und Pfeuffer 2019).

Neben der *Distanzierung* von einem ‚ökonomisierten' Aufgabenverständnis dokumentieren andere Studien aber auch Versuche, die unterschiedlichen Anforderungen miteinander zu verbinden. Dies kann auf oberflächliche, die Widersprüche kaum auflösende Weise erfolgen (u. a. Behrend 2007). Die Studie

von Gottschall et al. (2017) identifiziert aber auch weniger spannungsgeladene Kombinationen. Demnach ließ sich bei Beschäftigten in den Bereichen der Energieregulierung, Polizei und Müllabfuhr ein „Mix an Werthaltungen" identifizieren, der Elemente zweier idealtypischer Werthaltungen (der Weber'sche ‚traditionelle Staatsdiener' und der an Prinzipien des NPM orientierte ‚Dienstleister') vereint. Das neue Mischungsverhältnis füge sich zum Handlungsethos eines „‚modernisierten und demokratisierten Staatsdieners', das sich über verschiedene Tätigkeitsbereiche hinweg nach wie vor mit der Erbringung eines öffentlichen Gutes identifiziert, sich dabei jedoch nicht nur von Neutralität und regelgeleitetem Handeln, sondern auch von Effizienz, Transparenz und Serviceorientierung leiten lässt" (Gottschall et al. 2017, S. 103; teilweise ähnliche Befunde bei Wiegrefe 2014).

Alte und neue Normen scheinen somit nicht in allen Tätigkeitsbereichen gleichermaßen als unvereinbarer Gegensatz wahrgenommen zu werden, sondern lassen sich in ein neues Handlungsethos integrieren, das in erster Linie der *guten Gewährleistung öffentlicher Aufgaben* verpflichtet ist. Damit erscheint dieses modernisierte Staatsdiener-Ethos als passendes Gegenstück zum Modell des sogenannten ‚Neo-Weberianischen Staates' (NWS). Nach Befunden der international vergleichenden Verwaltungsforschung zu den Varianten des ‚New Public Management' in verschiedenen Ländern entspricht der deutsche Reformpfad am ehesten dem ‚NWS model' (Pollitt und Bouckaert 2004, 2017). Vom ‚NPM model' unterscheidet es sich unter anderem dadurch, dass es weiterhin eine starke Rolle des Staates in der Regulierung und Leistungserbringung vorsieht; dass es traditionelle bürokratische Prozeduren weniger durch Marktmechanismen ersetzt hat, sondern durch eine konsultative und professionalisierte Variante hierarchischer Steuerung; und dass als Maßstab des Handelns weniger die Prozesse zur Leistungserstellung als die Ergebnisse gelten.[3]

Insgesamt ist den vorliegenden empirischen Befunden für Deutschland gemein, dass sie sich als Beleg für den ‚Eigensinn' politischer und sozialer Dynamiken interpretieren lassen, die sich gegen eine umfassende Umorientierung in Richtung einer ökonomisierten Handlungslogik sperren. Die Ökonomisierung und ihre Gegenbewegungen hatte zunächst eine Pluralisierung der Verwaltungsleitbilder oder ‚institutionellen Logiken' zur Folge. Auf Seiten der Verwaltungsmitarbeiter*innen übersetzt sich dies in vielfältige Zielkonflikte und Handlungsdilemmata, zum Teil aber auch in die Ausbildung neuer, in sich mehr

[3] Solche Unterschiede spiegeln sich etwa auch in der international vergleichenden Studie von Greer et al. (2017) zur Vermarktlichung von Arbeitsmarktdienstleistungen in Deutschland, Großbritannien und Dänemark wider.

oder weniger kohärenter Wertehaltungen – auch letztere aber in Distanz zu einem einseitig ökonomisierten Aufgabenverständnis.

5.3.2 Vergabespezifisches Berufsethos: jenseits der Dichotomie von ‚traditionellem' und ‚ökonomisiertem' Aufgabenverständnis

An diese Analyseperspektiven und Befunde anknüpfend lässt sich auch für die öffentliche Auftragsvergabe fragen, ob die Vermarktlichung der Auftragsvergabe – im Sinne einer stärkeren Ausrichtung des Vergaberechts an wettbewerbsrechtlichen Prinzipien – dazu geführt hat, dass Vergabepraktiker*innen sich heute in erster Linie den Prinzipien eines offenen und wettbewerbsfreundlichen Verfahrens verpflichtet sehen, oder ob im Gegenteil auch hier andere Ziele einen solchen Trend bremsen oder modifizieren. Wie wir sehen werden, lassen unsere Befunde durchaus Parallelen zu den skizzierten Entwicklungen in den anderen Tätigkeitsbereichen erkennen. Die öffentliche Auftragsvergabe unterscheidet sich allerdings in drei entscheidenden Punkten von allen bisher angesprochenen staatlichen Aufgabenfeldern; dies führt uns auch zu einer etwas anderen Schwerpunktsetzung bei der Auswertung und Darstellung unserer Befunde.

Erstens untersuchen wir nicht die Effekte, die die Ökonomisierung (und andere neue Leitbilder) auf Arbeitsmotivation und Berufsethos derjenigen Beschäftigten hat, die öffentliche Dienstleistungen *erbringen,* sondern der Beschäftigten, die diese Leistungen *einkaufen,* die also gewissermaßen im Auftrag des Staates als ‚Großkunden' von Unternehmen agieren. Sie setzen mit ihrer Einkaufsentscheidung wichtige Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung. Unter diesem *vergabespezifischen Berufsethos* verstehen wir Normen und Sichtweisen von Vergabebeauftragten mit Bezug auf die Frage, welche Ziele und Standards bei der Beschaffung öffentlicher Güter und Dienstleistungen vorrangig verfolgt werden sollen; für uns von besonderem Interesse sind dabei Einstellungen zur Frage, ob die Einkaufsmacht des Staates auch zur Verfolgung von sogenannten ‚sekundären' Zwecken eingesetzt werden darf.

Zweitens stellt sich die Frage nach einer geeigneten Vorgehensweise zur Untersuchung dieses vergabespezifischen Berufsethos unter dem Einfluss der beschriebenen Doppelbewegung aus Vermarktlichung und Sozialpolitisierung. Denkbar wäre, analog zur oben skizzierten methodischen Vorgehensweise ein vergabespezifisches ‚traditionelles' und ein neueres, an ökonomischen Prinzipien ausgerichtetes idealtypisches Ethos zu konstruieren und die empirisch vorfindbaren Werthaltungen mit ihnen abzugleichen. Diese Vorgehensweise scheint uns

allerdings wenig geeignet, weil zu erwarten ist, dass die empirische Entwicklung von einem solchen stilisierten Wandel deutlich abweicht. Denn *erstens* hat im Falle der öffentlichen Auftragsvergabe die Ökonomisierung gewissermaßen schon das ‚Gründungsethos' geprägt, zumal in den von uns analysierten Dienstleistungsbranchen. Die Ausgliederung der ‚Randfunktionen' des öffentlichen Dienstes (wie Essensverpflegung oder Wäschereien in Krankenhäusern; Reinigungs- und Sicherheitsdienstleistungen für öffentliche Gebäude) war seit den 1970er Jahren in erster Linie durch das Ziel der Kosteneinsparungen motiviert (u. a. Mayer-Ahuja 2003 für den Reinigungssektor). Hinzu kommt, dass die Kernwerte des traditionellen Staatsdiener-Ethos, wie Neutralität, Transparenz und Regeltreue, durchaus kompatibel mit dem Ziel der Kosteneinsparungen sind. Denn der ‚neutrale' Einkauf von Angeboten unter Beachtung von althergebrachten vergaberechtlichen Prinzipien wie Transparenz und Wirtschaftlichkeit führt in Märkten mit niedrigen Marktzugangsbarrieren und stark standardisierten Dienstleistungen zuverlässig zu einem starken Preiswettbewerb. Ökonomisierung und traditionelles Beamtenethos stehen hier also keineswegs im Gegensatz zueinander. Vielmehr fügen diese sich wenigstens theoretisch zu einem durchaus kohärenten Wertemix, der Transparenz, Regeltreue und Neutralität auf die Auftragsvergabe bezogen als Gebot der Nichteinmischung in den Preiswettbewerb interpretiert.

Es erscheint daher plausibel davon auszugehen, dass nicht erst Managerialisierung und die jüngere wettbewerbsrechtliche Ausrichtung des Vergaberechts, sondern bereits die Anfänge der Ökonomisierung, die bis in die 1970er Jahre zurückreichen (Schimank und Volkmann 2017), den Grundstein für einen solchen Wertemix im realen Rollenverständnis von Vergabepraktiker*innen gelegt haben. Soweit wir überhaupt von einem ‚traditionellen' vergabespezifischen Ethos sprechen können, zeichnet sich dieses also mit großer Wahrscheinlichkeit nicht durch eine klare Distanz von Wettbewerbsprinzipien und marktförmiger Organisation aus. Und *zweitens* gilt auch für die konzeptionelle Erfassung der ‚neuen' institutionellen Logik, dass die Engführung auf einen ‚ökonomisierten' Typus des vergabespezifischen Ethos wichtige Entwicklungen ausblenden würden. Denn von politischer Seite wurden im Zuge der jüngeren Entwicklung ja nahezu gleichzeitig Impulse in *unterschiedliche* Richtung gesetzt, nämlich in Richtung Vermarktlichung wie auch in Richtung einer Öffnung für soziale Ziele.

Damit sind wir bei einem dritten Punkt angelangt, der in den jüngeren Studien zum Berufsethos von öffentlich Bediensteten weitgehend ausgeblendet blieb, nämlich die Frage, wie es öffentlich Bedienstete mit *politischen* Vorgaben halten, welche eine ganz andere, vielleicht sogar gegenläufige Stoßrichtung haben als Kosteneffizienz, Serviceorientierung oder Bürgerbeteiligung.

Wie verhalten sich öffentlich Bedienstete, wenn ihnen abverlangt wird, politisch durchaus umstrittene Ziele und Handlungsprogramme – wie im Falle der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe – umzusetzen? Greift hier heutzutage noch die Loyalität – als Kernwert des weberianischen ‚Beamtenethos' – oder orientieren sich Verwaltungsmitarbeiter*innen primär an quer dazu liegenden Berufsnormen, eigenen Überzeugungen oder gesellschaftlichen Erwartungen? Im ‚street level bureaucracy'-Ansatz werden solche politischen Vorgaben, wie oben erwähnt, unter der Bezeichnung ‚social engineering goals' thematisiert. Hierbei handelt es sich um Ziele, die über den Kernzweck der jeweiligen interaktiven Dienstleistung hinausgehen, also nicht auf Unterstützung, Erziehung oder Strafe im Einzelfall ausgerichtet sind, sondern auf übergreifende Ziele – wie, beispielsweise im Falle der Arbeitsverwaltung, die Sicherstellung eines Arbeitsangebotes für niedrig entlohnte Tätigkeiten (Lipsky 1980, S. 42). Häufig geraten solche Ziele in Konflikt mit den klientenzentrierten Zielen der ‚street level bureaucrats'. Auch die sozialverantwortliche Auftragsvergabe, so könnte man argumentieren, geht über den Kernzweck der öffentlichen Auftragsvergabe, nämlich die Bereitstellung von öffentlichen Dienstleistungen, hinaus. Es handelt sich hier gewissermaßen um ein ‚market engineering goal'. Von besonderem Interesse ist daher, welche Zielkonflikte und Handlungsdilemmata sich aus dem Zusammentreffen dieses ‚market engineering goals' mit anderen Zielen im Wertekanon der Vergabepraktiker*innen ergeben, und auf welche Weise sie es in ihr Aufgabenverständnis integrieren.

Für unsere eigene Untersuchung ziehen wir aus den Befunden der Forschung wie auch aus diesen Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe drei Schlussfolgerungen:

- Erstens ist es gerade für die Auftragsvergabe erforderlich, sich von der Dichotomie ‚traditionelles' versus ‚ökonomisiertes' Berufsethos zu lösen – sowohl wegen der inhaltlichen Überlappung beider Wertekanons speziell in der Auftragsvergabe, als auch wegen des hohen Stellenwerts weiterer Leitbilder. Bei unserer Spurensuche nach verschiedenen Werthaltungen ziehen wir daher nicht das bekannte Paar heran, sondern gleichen die Werthaltungen der von uns Befragten in erster Linie mit den aktuellen Leitbildern in der vergabepolitischen Debatte ab, auf die wir im folgenden Kapitel noch näher eingehen. Dabei verzichten wir a priori auf eine zeitliche Reihung dieser Leitbilder im Verhältnis zu einem vermeintlich traditionellen Wertekanon. Konkret bedeutet dies vor allem, dass wir bei der Interpretation Vorsicht walten lassen, inwieweit die Befürwortung von Wettbewerbsprinzipien tatsächlich Ergebnis *neuerer* Entwicklungen ist oder von einem in der Praxis seit langem fest verankerten Aufgabenverständnis zeugt.

- Zweitens zielt unsere Analyse, anders als viele der oben zitierten Studien, nicht in erster Linie darauf ab, aktuelle Typen von Werthaltungen zu identifizieren, sondern aktuelle Typen von Konflikten, Herausforderungen und Handlungsdilemmata. Dieser Fokus auf typische Dilemmata im Einklang mit dem ‚street-level bureaucracy'-Ansatz erscheint uns für die Analyse des aktuellen Wandels besonders geeignet. Denn eben dies ist, wie gesehen, ein entscheidendes Strukturmerkmal des aktuellen Wandels: die Gleichzeitigkeit zum Teil konfligierender, zum Teil überlappender Leitbilder oder institutioneller Logiken, die im öffentlichen Dienst und auch in der Auftragsvergabe um Geltung ringen. Diese erzeugen in der Praxis Dilemmata oder, allgemeiner ausgedrückt, Herausforderungen, für die Vergabepraktiker*innen sowohl kognitive als auch praktische Lösungsstrategien entwickeln müssen. Um die Vergabepraxis zu verstehen, ist es also notwendig, im ersten Schritt neben ihren normativen Orientierungen auch zu verstehen, welchen Herausforderungen sie sich gegenübersehen. Zwar hat Lipsky die von ihm identifizierten „dilemmas of the individual in public services" (Lipsky 1980) eher in statischer Weise zur Beschreibung immer wiederkehrender Herausforderungen genutzt. Dass sich dieses grundlegende Verständnis aber auch zur Beschreibung von *Dynamiken des Wandels unter dem Vorzeichen der Vermarktlichung* eignet, belegt unter anderem anschaulich die bereits in der Einleitung zitierte Studie von Greer et al. (2017) zu den Reformen von Arbeitsmarktdienstleistungen. Vermarktlichung erzeugt Dilemmata, so ein zentraler Befund der Studie (Greer et al. 2017, S. 160 ff.), und diese Dilemmata geben ihrerseits verschiedenen Lösungsstrategien Anstoß, welche diese Reformen zum Teil modifizieren oder sogar zurückdrehen. Ein solches dialektisches Verständnis des Wandels hilft auch, um aktuelle Transformationsprozesse in der Auftragsvergabe zu erhellen. Neben den Dilemmata, die durch die Vermarktlichung hervorgerufen werden, thematisieren wir dabei auch solche, die durch die Sozialpolitisierung hervorgerufen werden; sowie durch das neue vergabespezifische Leitbild des ‚Guten Dienstleisters', das wir im folgenden Kapitel noch näher erläutern.
- Drittens schließlich beschränken wir uns nicht darauf, Herausforderungen zu identifizieren, die sich aus dem Zusammentreffen unterschiedlicher Leitbilder ergeben; sondern auch Dilemmata oder Herausforderungen, die durch die *Inkongruenz zwischen Zielen und Ressourcen* sowie weiteren Rahmenbedingungen entstehen. Auch dieser Typus von Dilemmata ist ein analytischer Baustein des SLB-Ansatzes, den wir hier übernehmen. Er trägt der grundlegenden Erkenntnis Rechnung, dass handlungsleitend nicht nur normative Überzeugungen sind, was wünschenswert ist, sondern auch evaluative Überzeugungen,

was unter den gegebenen Rahmenbedingungen machbar ist. Während der SLB-Ansatz hier vor allem Herausforderungen thematisiert, die aus dem typischen Mangel an zeitlichen Ressourcen erwachsen, sowie aus den Spezifika der interaktiven Dienstleistungsarbeit mit individuellen Klient*innen, so sind dies im Falle der öffentlichen Auftragsvergabe insbesondere Herausforderungen, die sich aus den gestiegenen Anforderungen an die Wissensressourcen (fachliche und rechtliche Expertise) ergeben, sowie aus den spezifischen Marktstrukturen und den Interaktionen mit den Anbietern der Leistungen.

In den ersten beiden Kapiteln dieses Teils werden im Folgenden also zunächst die Rahmenbedingungen und daraus resultierende Herausforderungen und Handlungsdilemmata für den Alltag der Vergabepraxis identifiziert. Kap. 6 widmet sich dabei zunächst der Frage, welche professionellen Standards sich als Maßstab für die Vergabepraxis herausgebildet haben, sowohl allgemein als auch bezogen auf die beiden ausgewählten Segmente (Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen). Diese professionellen Standards werden von einer Vielzahl auch externer Akteure mitentwickelt, die mit unterschiedlichen Interessen den Vergabepraktiker*innen ihre Expertise in Form von Leitbildern und Standards einer ‚guten' Auftragsvergabe andienen. Das Kapitel beschreibt Akteure und inhaltliche Stoßrichtung dieser neuen ‚Expertise-Infrastruktur'. Es zeigt, dass sich ähnlich wie in anderen Teilen der öffentlichen Verwaltung auch bezogen auf die öffentliche Auftragsvergabe ein neues Leitbild herausgebildet hat, das die Gewährleistung guter öffentlicher Dienstleistungen zum Kern hat.

In Kap. 7 steht dann die Frage im Vordergrund, inwieweit kommunale Vergabepraktiker*innen sich in ihren Werthaltungen und Vorstellungen von einem idealen Beschaffungsvorgang an diesem neuen Leitbild oder anderen Leitbildern orientieren; inwieweit dabei Zielkonflikte auftreten, oder allgemeiner Herausforderungen und Dilemmata aufgrund wahrgenommener Diskrepanzen zwischen Zielen und Ressourcen. Dies dient dazu zu bestimmen, welchen relativen Stellenwert die sozialverantwortliche Auftragsvergabe besitzt, und in welchem Verhältnis sie zu anderen Zielen steht. Wird dieses Ziel als ‚social engineering'-Ziel bzw. ‚market engineering'-Ziel wahrgenommen, das mit dem eigenen vergabespezifischen Dienstleistungsideal in einem Spannungsverhältnis steht? Oder wird es in das eigene Aufgabenverständnis integriert, und wenn ja, in welcher Weise?

Die drauffolgenden beiden Kapitel widmen sich dann den Handlungsstrategien der Kommunen. Wie gehen sie mit den skizzierten Herausforderungen und Handlungsdilemmata um und welche Lösungen entwickeln sie dafür? Inwieweit nutzen lokale Akteure ihre Ermessensspielräume und ziehen arbeitsbezogene

Mindeststandards sowie weitere Parameter der Auftragsvergabe wie Preisgewichtung, Dauer der Verträge oder Qualitätsvorgaben heran, um den Bieterwettbewerb in erwünschter Weise zu gestalten? Welche Rolle spielen dabei Gewerkschaften, Wirtschaftsverbände und zivilgesellschaftliche Akteure, sowie öffentliche und private Anbieter von externer Expertise? Um das Vorgehen der Behörden zu verstehen, ist es auch hier erforderlich, ihre Praktiken in Bezug auf soziale Kriterien nicht isoliert zu betrachten, sondern im Gesamtkontext. Konkret bedeutet dies zu fragen, wie sich Praktiken der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in den übergreifenden Wandel zugunsten einer höheren Qualität von Dienstleistungen einschreiben. Bevor die Strategien und Aushandlungsprozesse im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen näher in den Blick genommen werden (Kap. 9), liegt der Fokus daher in Kap. 8 zunächst auf den Vorgehensweisen und Lernprozessen der Verwaltung in ihrem Bemühen, sich vom ‚Diktat des billigsten Preises' zu entfernen, sowie auf den Schwierigkeiten und Gelingensbedingungen für diese Lernprozesse.

5.4 Methoden und empirische Grundlage

Kernstück unserer Untersuchung bilden Fallstudien zur Vergabepraxis in fünf deutschen Städten. Dabei wurden die Vergabeprozesse mit einem Fokus auf zwei Dienstleistungen beleuchtet: Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte. Diese Engführung erleichtert den fallstudienübergreifenden Vergleich. Zudem stehen damit zwei Dienstleistungen im Vordergrund, deren Qualität zumindest zeitweise Gegenstand (kritischer) öffentlicher Aufmerksamkeit war, und bei denen damit auch seitens der Wählerschaft, der Medien und der Nutzer öffentlicher Dienstleistungen Impulse zur qualitätsorientierten Vergabe an die Verwaltung herangetragen wurden. Umso eher eignen sich beide Segmenten, um zu untersuchen, welche Praktiken anstelle der Vergabe nach dem billigsten Preis treten. Neben den Fallstudien stützt sich unsere Analyse auf die Auswertung von Feldnotizen aus teilnehmender Beobachtung während des Besuchs von Fachtagungen sowie von zwei nicht-öffentlichen Schulungskursen zum Vergaberecht für Verwaltungsbeschäftigte. Weiterer Bestandteil unseres Forschungsdesigns war schließlich die Recherche und Analyse weiterer Vergabedokumente in Bezug auf die untersuchten Branchen (je rund 50 Fälle), um auf diese Weise Aufschluss über das Spektrum an branchenüblichen Formen und Vorgaben bei der Auftragsvergabe zu erhalten und – so das ursprüngliche Ziel – einen Vergleichsmaßstab für diejenigen Vergabepraktiken zu gewinnen, die im Rahmen der lokalen Fallstudien vertiefend analysiert wurden. Zwar erhöhte dieser Einblick

unser Hintergrundwissen und half bei der Ausarbeitung der Interviewleitfäden für die Fallstudien. Als Bewertungsmaßstab für die untersuchten lokalen Praktiken erwies sich die Auswertung jedoch wegen Datenlücken und methodischer Schwierigkeiten als wenig geeignet (nähere Informationen dazu siehe Anhang A-5). In die Analyse der Fallstudien ist diese Auswertung daher nur punktuell eingeflossen.

Nachfolgend erläutern wir die Auswahlkriterien für die lokalen Fallstudien sowie die Vorgehensweise bei Datenerhebung und Auswertung und geben nähere Informationen zu den ausgewählten Städten.

5.4.1 Lokale Intensivfallstudien – Auswahlkriterien und Hintergrundinformationen

Unser Forschungsdesign ist qualitativ und vergleichend angelegt und basiert auf acht lokalen Intensiv-Fallstudien (jeweils vier pro Branche), die wir im Zeitraum zwischen Januar 2017 und März 2020 in fünf Großstädten Deutschlands – sowohl im Norden und Süden als auch in westlichen und östlichen Landesteilen – durchgeführt haben. Die Orte für unsere Fallstudien sind vorab und auf Basis eigener Recherchen sowie nach Auskunft interviewter Branchenexpert*innen nach folgenden Kriterien ausgewählt worden: Jeweils eine Stadt sollte sich im Hinblick auf die Thematik einer sozialverantwortlichen Vergabepraxis als ‚politisiert' erweisen – insofern, als diese sich in öffentlichen Debatten oder politischen Entscheidungen zugunsten einer Auftragsvergabe niederschlägt, die sich nicht nur am niedrigsten Preis, sondern auch an sozialen Zielsetzungen orientiert. Da ersten Erkenntnissen zufolge noch selten vorzufinden, sollten diese in größeren Städten durchgeführten Pilotfallstudien (in Berlin für die Schulverpflegung; in A-BURG für die Sicherheitsdienstleistungen) als Kontrastfolie für die weiteren, vergleichsweise ‚typischen' und eher ‚unauffälligen' Städte dienen, die eine Größe von ca. 200.000 bis 300.000 Einwohner*innen haben. In diesen drei ‚unauffälligen' Städten (C-FURT, D-BRÜCK und E-HAUSEN) wurden jeweils Fallstudien zu beiden Dienstleistungen geführt.

Die Städte werden hier nicht namentlich genannt, sondern mit Pseudonym versehen. Diese Darstellung entsprach auch dem expliziten Wunsch vieler Gesprächspartner*innen aus der Verwaltung. Nur in einem Fall lässt sich aufgrund der speziellen politisch-administrativen Konstellation eine solche Anonymisierung der untersuchten Stadt faktisch nur bedingt gewährleisten, da hier andernfalls zu viele, für das Verständnis wichtige Kontextinformationen ausgeblendet bleiben müssten. In diesem Fall handelt es sich um den Stadtstaat Berlin.

Für das Verständnis nicht erforderlich und daher anonymisiert bleiben aber auch hier der Name des Bezirks, den wir für die Interviews mit Vergabestelle und Fachamt ausgewählt haben; sowie die einzelnen Gesprächspartner*innen.

Der Annahme folgend, dass mit variierenden Regierungsmehrheiten in der Lokalpolitik auch Unterschiede in den Handlungsorientierungen der vergabeverantwortlichen Akteure einhergehen, war es zielführend, auch die *politische Zusammensetzung* in den Stadträten zu berücksichtigen. Es ist uns gelungen, hier ein ausgewogenes Verhältnis abzubilden (s. Tab. 5.1 unten): In zwei Fallstudien (A-BURG und C-FURT) bestanden im Untersuchungszeitraum Koalitionen mit Beteiligung der CDU, einmal auch unter Führung eines konservativen Oberbürgermeisters im schwarz-grünen Bündnis. Berlin war sozialdemokratisch geführt und durch eine Koalition aus SPD, die Linke und Bündnis 90/Die Grünen regiert. Die Lokalpolitik in D-BRÜCK und E-HAUSEN wurde durch wechselnde Mehrheiten aus SPD, CDU und die Linke geprägt.

Die *Haushaltssituation* der untersuchten Kommunen spiegelt die generell günstige Entwicklung wider, die die Finanzen von Bund, Ländern und Kommunen in den Jahren vor der Corona-Pandemie geprägt hat. Sowohl der Kommunale Finanzreport der Bertelsmann-Stiftung (2019) als auch die jährlichen Gemeindefinanzberichte (seit 2018: Stadtfinanzbericht) des Deutschen Städtetags (2018, 2019) dokumentieren, dass sich die Kommunalfinanzen seit einigen Jahren fundamental verbessert hatten.[4] Vor allem in Bezug auf die Einnahmeseite hatte sich die Haushaltslage in den Fallstudien-Kommunen verbessert[5]. Die verfügbaren Deckungsmittel je Einwohner*in[6] haben sich seit 2007 kontinuierlich erhöht, mit über 40 % in den beiden ostdeutschen Kommunen D-BRÜCK und E-HAUSEN sowie der westdeutschen Stadt C-FURT. A-BURG verfügt im Vergleich über die höchsten Deckungsmittel, während C-FURT die geringsten aufweist. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei weiteren Indikatoren: Die Verschuldung im Kernhaushalt

[4] Neben einem starken konjunkturbedingten Steuerwachstum sind hierfür auch steigende Zuweisungen an die Kommunen über die verschiedenen Ausgleichssysteme (v. a. föderaler Finanzausgleich) verantwortlich, sowie mehrere Maßnahmen des Bundes zur finanziellen Entlastung der Kommunen. Vor allem die ostdeutschen Kommunen bleiben dabei in höherem Maße auf Zuweisungen angewiesen; sie hatten zugleich einen deutlich geringeren Schuldenstand als westdeutsche Kommunen (Bertelsmann-Stiftung 2019, S. 40 ff.).

[5] Folgende Einschätzungen basieren auf Statistiken des Datenportals www.wegweiser-kommune.de, die zur Bertelsmann-Stiftung gehört. Diese Daten bilden nur die Kernhaushalte und Extrahaushalte (rechtlich eigenständige Organisationen in öffentlicher Trägerschaft) ab, nicht aber die Haushalte sonstiger öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen (FEU).

[6] Dies ist der Betrag, der Kommunen tatsächlich für die eigene Aufgabenwahrnehmung (laufende Ausgaben, Zinsen und Investitionen) zur Verfügung steht.

Tab. 5.1 Fallstudien und qualitative Interviews, Zeitraum Januar 2017 – März 2020

	BERLIN	A-BURG	C-FURT		D-BRÜCK		E-HAUSEN	
Interviews mit…	Schulver-pflegung	Sicherheits-DL	Schulver-pflegung	Sicherheits-DL	Schulverpflegung	Sicherheits-DL	Schulver-pflegung	Sicherheits-DL
Zentrale Vergabestelle	1	1	1		–		1	
Fachamt	1	1	1	1	1	1	1	1
Beauftragte Unternehmen (Führungskraft)	2	2	2	1	2	1	1	2
Beschäftigte oder Betriebsrat beauftragter Unternehmen	2	1	1	–	–	–	–	1
Gewerkschaft	2	1	1	1	–	1	1	1
Arbeitgeber-/Branchenverband	1	1	1	–	–	1	1	1
weitere Interessenorganisationen/ Beratungseinrichtungen	4	–	1	–	1	–	1	–
Lokalpolitik	2	1	–	–	3		1	
Summe Interviews			9	4	7	7	7	8
	15	8	12		14		15	

ist deutlich zurückgegangen, mit Ausnahme von C-FURT, die seit 2007 konstant einen relativ hohen Schuldenstand aufweist. Entsprechend ist der Umfang benötigter Kassenkredite in C-FURT höher (wenn auch deutlicher unter gesamtdeutschem Niveau) als in den übrigen Kommunen, die davon kaum oder gar nicht Gebrauch machten. Die Kommunen weisen schließlich ein nahezu ausgeglichenes Finanzmittelsaldo auf oder sogar Überschüsse (A-BURG und D-BRÜCK), einzig in C-FURT überstiegen die Auszahlungen zuletzt die Einzahlungen.[7] Insgesamt lassen sich die Fallstudienkommunen eher zu den finanzstärkeren in Deutschland zählen. Dies gilt mit Ausnahme von Berlin. Wegen auffälliger Haushaltskennzahlen war der Stadtstaat zwischen 2010 und 2017 zu einem strikten Konsolidierungskurs unter Aufsicht des Stabilitätsrats[8] gezwungen. Auch hier trugen zwar neben Ausgabendisziplin auch steigende Einnahmen dazu bei, dass ab 2012 Haushaltsüberschüsse erzielt wurden und der Schuldenstand bis Ende 2019 sank. Auch zu diesem Zeitpunkt überstieg die Verschuldung pro Einwohner aber noch den als kritisch definierten Wert von 220 % des Länderdurchschnitts (Berliner Senat 2021).

5.4.2 Datengrundlage – Erhebung und Auswertung

Im Untersuchungszeitraum sind 64 Interviews geführt worden, teils mit zwei oder mehr Gesprächspartner*innen, darunter auch einige wenige Folgeinterviews mit denselben Personen bzw. Organisationen (s. Tab. 5.1). Die wichtigste Quelle waren dabei Gespräche mit jenen Personen, die die Vergabeprozesse durchführen, also Verwaltungsmitarbeiter*innen aus Fachämtern und zentralen Vergabestellen. Diese Zweiteilung des Vergabemanagements hat sich im Zuge einer Reorganisation bzw. Zentralisierung verwaltungsinterner Abläufe in den letzten Jahren herausgebildet (s. Abschn. 8.1) und ist in den untersuchten Kommunen etabliert. Bis auf D-BRÜCK waren Feldzugang und Erhebung in beiden Verwaltungseinheiten erfolgreich (insgesamt 12 Interviews).[9] Zur Erhebung der normativen und evaluierenden Überzeugungen dieser Vergabepraktiker*innen haben wir eine

[7] Wie in der Literatur vielfach hervorgehoben, bilden die Indikatoren nur begrenzt ab, über welche finanzielle Spielräume Kommunen verfügen bzw. mit welchen Engpässen sie umgehen müssen. Beispielsweise tragen auch niedrige Investitionen zu einem Finanzierungsüberschuss bei (Deutscher Städtetag 2019).

[8] Dieses Gremium des Bundes und der Länder überwacht die Haushaltslage der Länder. Weitere Informationen auf der Internetseite des Gremiums http://www.stabilitaetsrat.de/.

[9] Die zentrale Vergabestelle in D-BRÜCK befand sich im Untersuchungszeitraum in einem Restrukturierungsprojekt, das bedauerlicherweise keine Gelegenheit für ein Gespräch zuließ.

Mischform aus problemzentrierten (Witzel 2000) und episodischen Interviews (Flick 2011) genutzt, die Elemente von Befragung und Erzählung kombiniert. Anstelle einer direkten Abfrage ihrer Überzeugungen haben wir die Vergabepraktiker*innen also anhand eines möglichst kurz zurückliegenden Beispiels um eine Beschreibung ihrer Vorgehensweise bei der Vergabe von Aufträgen gebeten; nach möglichen Veränderungen, nach Gründen dafür und Vor- und Nachteilen gegenüber anderen Vorgehensweisen, nach möglichen Schwierigkeiten und Verbesserungswünschen für die Zukunft gefragt. Diesen Schilderungen lassen sich sowohl die konkreten lokalen Praktiken als auch Rechtfertigungen für diese Praktiken, sowie Bewertungen anderer, nicht (mehr) angewandter Praktiken entnehmen.

Je Branche haben wir zwei Bedarfsstellen aufgesucht, in denen die eingekaufte Dienstleistung nachgefragt und erbracht wird. Der Besuch der Schulmensen und Flüchtlingsunterkünfte bot sich zum Teil als Kulisse an für die halbstrukturierten Interviews mit Vertreter*innen von Unternehmen, die im öffentlichen Auftrag Schulverpflegungsleistungen bzw. Sicherheitsdienstleistungen erbringen. Zugleich war es hierdurch möglich, Einblicke in Arbeitsbedingungen und -abläufe zu gewinnen und sich hierzu mit Beschäftigten auszutauschen (insgesamt 4 Interviews).[10] In anderen Fällen zogen die Unternehmensvertreter*innen es vor, die Gespräche in den eigenen Räumlichkeiten zu führen. Gemeinsam mit Einsatz- über Bereichsleiter*innen bis hin zu Geschäftsführer*innen der beauftragten Anbieter sollten die praktischen Herausforderungen unter den Rahmenbedingungen der Vergabe beleuchtet werden (insgesamt 14 Interviews).

Expert*innen-Interviews mit den Branchengewerkschaften NGG und ver.di (insgesamt 8) sowie Arbeitgeberverband DEHOGA bzw. einem weiteren, regional tätigen Cateringverband und BDSW (insgesamt 6) trugen dazu bei, die lokale Vergabepraxis im Hinblick auf besonders vorbildliche (sozialverantwortliche bzw. qualitätsorientierte) oder ‚typische' Praktiken einzuordnen und besondere Herausforderungen aus der jeweiligen Branchenperspektive herauszuarbeiten. In zwei Fällen (BDSW in C-FURT; Gewerkschaft NGG in D-BRÜCK), kam kein Gespräch zustande, mal aus mangelnder Bereitschaft, mal aus dem Eingeständnis heraus, in der Thematik nicht aussagefähig zu sein. In den Fallstudien für den Bereich des Schulcaterings sprachen wir mit mehreren ‚Vernetzungsstellen

[10] Der Zugang zu Beschäftigten erwies sich als sehr schwierig, teils auch trotz Unterstützung der jeweiligen lokalen Gewerkschaft. Die wenigen Gespräche kamen bis auf eine Ausnahme über die Unternehmen zustande und fanden zum Teil im Beisein oder nach vorheriger Ansprache eines/einer Vorgesetzten zustande. Daher ist es nicht verwunderlich, dass sie sich nur verhalten zu ihrer Arbeitssituation äußerten.

Schulverpflegung',[11] die sich für qualitative Verbesserungen des Schulmittagessens einsetzen (insgesamt 6 Interviews), und führten im Falle der Pilotfallstudie in Berlin ergänzend ein Expert*innen-Interview mit der Landeselternvertretung. Auf Ebene der Lokalpolitik erklärten sich auf unsere Anfrage hin, bis auf C-FURT, Stadtratsvertreter*innen der Parteien SPD, Linke und CDU (insgesamt 7 Interviews) bereit, mit uns über die politische Ebene der jeweiligen lokalen Vergabepraxis zu sprechen.

Zusätzlich haben wir öffentlich zugängliche Dokumente zur lokalen Vergabepolitik herangezogen, sowohl Beschlüsse im Stadtrat als auch lokale Vergaberichtlinien. Auch zogen wir, sowohl in Vor- als auch Nachbereitung der Interviews mit den Vergabepraktiker*innen, die größtenteils öffentlich zugänglichen Vergabedokumente der Kommunen heran und werteten sie, parallel zu den transkribierten Interviews, nach der Methodik der qualitativen Inhaltsanalyse softwareunterstützt aus (Mayring 2015; Kuckartz und Rädiker 2020). Zur Auswertung der beruflichen Werthaltungen und handlungsleitenden Überzeugungen der Vergabepraktiker*innen diente ein zunächst auf theoretischen Vorannahmen gebildetes Kategorienschema, das nach einem ersten Materialdurchlauf revidiert und angepasst wurde. Während zentrale Leitbilder-Kategorien im ersten Schritt deduktiv entstanden, dann im Abgleich mit den empirisch vorfindbaren Werthaltungen korrigiert und ausdifferenziert worden sind (‚Strukturierung'; Mayring 2015, S. 97 ff.), wurden die unterschiedlichen Herausforderungen und Handlungskonflikte der Vergabepraktiker*innen überwiegend induktiv erfasst (‚Zusammenfassung'; ebda., S. 69 ff.). Auf dieser Grundlage konnten einerseits die vielfältigen handlungsleitenden Ziele und Leitbilder identifiziert und im Zusammenspiel mit typischen Herausforderungen und Dilemmata interpretiert werden.

Literatur

Arnold, G. (2015). Street-level policy entrepreneurship. *Public Management Review*, *17*(3), 307–327.

Behnke, N. (2005). Alte und neue Werte im öffentlichen Dienst. In B. Blanke, S. von Bandemer, F. Nullmeier & G. Wewer (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform* (S. 243–251). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

[11] Für Sicherheitsdienstleistungen gibt es kein über den Arbeitgeber- und Branchenverband hinausgehendes Pendant, daher bleiben die entsprechenden Felder in der Tabelle leer.

Behnke, N. (2009). Responsivität und Verantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung. In E. Czerwick, W. H. Lorig & E. Treutner (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung in der Demokratie der Bundesrepublik Deutschland* (Bd. 84, S. 45–64). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Behrend, O. (2007). „…das geht zu Lasten eigener Emotionalität" - Instrumente zur Kundensteuerung in Arbeitsverwaltungen. In W. Ludwig-Mayerhofer, O. Behrend & A. Sondermann (Hrsg.), *Fallverstehen und Deutungsmacht. Akteure in der Sozialverwaltung und ihre Klienten* (S. 97–117). Opladen: B. Budrich.

Berliner Senat (2021). *Senatsverwaltung für Finanzen: Haushaltsüberwachung*. https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/haushaltsueberwachung/artikel.14536.php

Bertelsmann-Stiftung (2019): Kommunaler Finanzreport 2019. Gütersloh.

Bogumil, J., Holtkamp, L. & Schwarz, G. (2003). *Das Reformmodell Bürgerkommune. Leistungen, Grenzen, Perspektiven.* Berlin: Ed. Sigma.

Boltanski, L. & Thévenot, L. (2007). *Über die Rechtfertigung. Eine Soziologie der kritischen Urteilskraft.* Hamburg: Hamburger Edition HIS.

Bonvin, J. M., & Moachon, E. (2007). The impact of contractualism in social policies: The case of active labour market policies in Switzerland. *International Journal of Sociology and Social Policy,* 27 (9/10), 401–12

Brodkin, E. Z. (2011). Policy Work: Street-Level Organizations Under New Managerialism. *Public Administration Review*, *21*(Supplement 2), i253-i277.

Denhardt, J. V. & Denhardt, R. B. (2003). *The new public service. Serving, not steering*. Armonk, NY: Sharpe.

Deutscher Städtetag (2018): *Gleichwertige Lebensverhältnisse von Aachen bis Zwickau. Gemeindefinanzbericht 2017*. Berlin/Köln. https://www.staedtetag.de/files/dst/docs/Publikationen/Archiv/gemeindefinanzbericht-2017.pdf

Deutscher Städtetag (2019): Stadtfinanzen 2018. *Schlaglichter des Deutschen Städtetages. Beiträge des Deutschen Städtetags zur Stadtpolitik* (Bd. 112). Berlin/Köln. https://www.staedtetag.de/files/dst/docs/Publikationen/Beitraege-zur-Stadtpolitik/Archiv/beitraege-zur-stadtpolitik-112-stadtfinanzen-2018.pdf

Evans, T. (2011). Professionals, Managers and Discretion: Critiquing Street-Level Bureaucracy. *British Journal of Social Work*, *41*(2), 368–386.

Evans, T. (2016). *Professional discretion in welfare services. Beyond street-level bureaucracy*. London: Routledge.

Evans, T. & Harris, J. (2004). Street-Level Bureaucracy, Social Work and the (Exaggerated) Death of Discretion. *British Journal of Social Work*, *34*(6), 871–895.

Flecker, J., Krenn, M. & Tschernitz, M. (2014). Der dreifache Bezug zur Arbeit – Transformation öffentlicher Dienste und berufliche Identität. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie*, *39*(3), 199–219.

Flecker, J., Schultheis, F. & Vogel, B. (Hrsg.). (2014b). *Im Dienste öffentlicher Güter*: Nomos.

Flick, U. (2011). Das Episodische Interview. In G. Oelerich & H.-U. Otto (Hrsg.), *Empirische Forschung und Soziale Arbeit: Ein Studienbuch* (S. 273–280). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Freidson, E. (1986). *Professional powers. A study of the institutionalization of formal knowledge*. Chicago [u.a.]: University of Chicago Press.

Gottschall, K., Häberle, A., Heuer, J.-O. & Hils, S. (2017). „Effizienz, Kundenorientierung, Flexibilität, Transparenz […] – dadurch verkaufen wir uns ja sozusagen“: Werthaltungen im öffentlichen Dienst in Deutschland in marktnahen und marktfernen Bereichen. In P. Sachweh & S. Münnich (Hrsg.), *Kapitalismus als Lebensform?* (S. 81–106). Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.

Grabe, L., Pfeuffer, A. & Vogel, B. (2012). „Ein wenig erforschter Kontinent“? Perspektiven einer Soziologie öffentlicher Dienstleistungen. *Arbeits- und Industriesoziologische Studien*, *5*(2), 35–53.

Graß, D., Altrichter, H. & Schimank, U. (Hrsg.). (2019). *Governance und Arbeit im Wandel. Bildung und Pflege zwischen Staat und Markt*. Wiesbaden: Springer VS.

Greer, I., Breidahl, K. N., Knuth, M. & Larsen, F. (2017). *The marketization of employment services. The dilemmas of Europe's work-first welfare states* . Oxford: Oxford University Press.

Greven, M. T., Prätorius, R. & Schiller, T. (1980). *Sozialstaat und Sozialpolitik. Krise und Perspektiven*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand.

Hansbauer, P. (1996). ‚Mikrorationalitäten‘ im Verwaltungsalltag. Dargestellt am Beispiel der ‚Hilfen zur Arbeit‘ (§§ 18ff BSHG) in einer Sozialverwaltung. *Soziale Welt*, *47*(1), 68–97.

Howlett, M. (2019). Moving policy implementation theory forward: A multiple streams/critical juncture approach. *Public Policy and Administration*, *34*(4), 405–430.

Hupe, P., Hill, M. & Buffat, A. (Hrsg.). (2015). *Understanding street-level bureaucracy*. Bristol: Policy Press.

Jaehrling, K. (2015). Does the new managerialism stabilise gender asymmetries in street-level interactions? The case of Germany after 'Hartz IV'. *Social Work & Society*, *13*(1), 1–17.

Janning, F. (1998). *Das Politische Organisationsfeld. Politische Macht und Soziale Homologie in Komplexen Demokratien*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.

Klatetzki, T. (2010). Zur Einführung: Soziale personenbezogene Dienstleistungsorganisation als Typus. In T. Klatetzki (Hrsg.), *Soziale personenbezogene Dienstleistungsorganisationen* (S. 7–24). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Klenk, T. & Pavolini, E. (Hrsg.). (2015). *Restructuring welfare governance. Marketization, managerialism and welfare state professionalism*. Cheltenham: Edward Elgar.

König, K., Kropp, S., Kuhlmann, S., Reichard, C., Sommermann, K.-P. & Ziekow, J. (Hrsg.). (2014). *Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung*. Baden-Baden: Nomos.

Kuckartz, U. & Rädiker, S. (2020). *Fokussierte Interviewanalyse mit MAXQDA. Schritt für Schritt*. Wiesbaden: Springer VS.

Lipsky, M. (1969). *Toward a theory of street-level bureaucracy*. (Discussion papers, 1969: 5) Madison, Wis.: University of Wisconsin.

Lipsky, M. (1980). *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation.

Lorig, W. H. (2009). Die kundenorientierte Verwaltung – zu den Facetten eines Leitbildes der Verwaltungsmodernisierung. In E. Czerwick, W. H. Lorig & E. Treutner (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung in der Demokratie der Bundesrepublik Deutschland* (Bd. 13, S. 225–246). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Mayer-Ahuja, N. (2003). *Wieder dienen lernen? Vom westdeutschen „Normalarbeitsverhältnis" zu prekärer Beschäftigung seit 1973*. Berlin: Ed. Sigma.
Mayring, P. (2015). *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken* (12 Aufl.). Weinheim: Beltz Juventa.
Martinsen, D. S., Blauberger, M., Heindlmaier, A. & Thierry, J. S. (2019). Implementing European case law at the bureaucratic frontline: How domestic signalling influences the outcomes of EU law. *Public Administration*, *97*(4), 814–828.
Mayntz, R. (Hrsg.). (1968). *Bürokratische Organisation*. Köln [u.a.]: Kiepenheuer & Witsch.
Mayntz, R. (Hrsg.). (1980). *Implementation politischer Programme*. Königstein/Ts.: Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor, Hanstein.
Mayntz, R. (Hrsg.). (1983). *Implementation politischer Programme II. Ansätze zur Theoriebildung*. Opladen: Westdt. Verlag.
Mayntz, R. (1985). Soziologie der öffentlichen Verwaltung. 3. überarb. Auflage. Heidelberg: Müller.
Paugam, S. (1993). *La société française et ses pauvres. L'expérience du revenu minimum d'insertion*. Paris: P.U.F.
Pfeuffer, A., Vogel, B. & Wiegrefe, S. (2014). Arbeiten für das Gemeinwohl? Eine internationale Literaturumschau. *Zeitschrift für Sozialreform*, *60*(2).
Piore, M. J. (2011). Beyond Markets: Sociology, street-level bureaucracy, and the management of the public sector. *Regulation & Governance*, *5*(1), 145–164.
Pollitt, C. & Bouckaert, G. (2004). *Public management reform. A comparative analysis*. Oxford: Oxford University Press.
Pollitt, C. & Bouckaert, G. (2017). *Public management reform. A comparative analysis – into the age of austerity* (4. Aufl). Oxford: Oxford University Press.
Reich, A. D. (2014). Contradictions in the commodification of hospital care. *AJS; American Journal of Sociology*, *119*(6), 1576–1628.
Rice, D. (2013). Street-Level Bureaucrats and the Welfare State: Toward a Micro-Institutionalist Theory of Policy Implementation. *Administration & Society* 45 (9), 1038–62.
Schimank, U. (2015). "New public management" as de-professionalization – conceptual reflections with some applications to school teachers. In T. Klenk und E. Pavolini (Hrsg.), *Restructuring welfare governance. Marketization, managerialism and welfare state professionalism* (S. 183–199). Cheltenham: Edward Elgar.
Schimank, U. & Volkmann, U. (2008). Ökonomisierung der Gesellschaft. In A. Maurer (Hrsg.), *Handbuch der Wirtschaftssoziologie* (S. 382–393). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
Schimank, U. & Volkmann, U. (2017). Das Regime der Konkurrenz. Gesellschaftliche Ökonomisierungsdynamiken heute. Weinheim: Beltz Juventa.
Schröter, E. & Röber, M. (2015). Verwaltungsausbildung zwischen Tradition und Moderne: Ein dreidimensionales Portrait. Verwaltung & Management, 21(3), 125–137.
Schröter, E.(2014). Der öffentliche Managerialismus Lichte der Demokratietheorie - eine kritische Dsik ussion. In k. König, S. Kropp, S. Kuhlmann, C. Reichard, K,-P. Sommermann &J.Zeikow(Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. *Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle* Grundforme der öffentlichen Verwaltun g(S. 271-306). Baden-Baden: Nomos.

Sondermann, A., Englert, K., Schmidtke, O. & Ludwig-Mayerhofer, W. (2014). Der ‚arbeitende Staat' als ‚Dienstleistungsunternehmen' revisited: Berufliches Handeln und Selbstdeutungen von Frontline- Beschäftigten nach zwanzig Jahren New Public Management. Zeitschrift Für Sozialreform, 60(2), 175–202.

Soss, J., Fording, R., & Schram, S. F. (2011). The Organization of Discipline: From Performance Management to Perversity and Punishment. J*ournal of Public Administration Research and Theory* 21 (Supplement 2), i203.

Sowa, F., Staples, R. & Zapfel, S. (Hrsg.). (2020). *The transformation of work in welfare state organizations. New public management and the institutional diffusion of ideas*. London: Routledge.

Vogel, B. & Pfeuffer, A. (2019). Wertschätzungskonflikte statt Jobkultur. Arbeiten und Arbeitshaltungen im öffentlichen Sektor. In D. Graß, H. Altrichter & U. Schimank (Hrsg.), *Governance und Arbeit im Wandel. Bildung und Pflege zwischen Staat und Markt* (S. 75–91). Wiesbaden: Springer VS.

Wiegrefe, S. (2014). Wer verwaltet öffentliche Güter? Deutungsmuster kommunaler Führungskräfte. In J. Flecker, F. Schultheis & B. Vogel (Hrsg.), *Im Dienste öffentlicher Güter* (S. 263–285). Baden-Baden: Nomos.

Witzel, A. (2000). Das problemzentrierte Interview. *Forum Qualitative Sozialforschung/Forum Qualitative Social Research*, *1*(1), 1–9.

Wolf, J. & Ostermann, A. (2019). Zwischen Pflegelogik und ökonomisch orientierter Managerialisierung. Zu den Spannungslagen und Orientierungsmustern von PflegedirektorInnen im deutschen Krankenhausmanagement. In D. Graß, H. Altrichter & U. Schimank (Hrsg.), *Governance und Arbeit im Wandel. Bildung und Pflege zwischen Staat und Markt* (S. 145–161). Wiesbaden: Springer VS.

6 Politische Professionalisierung: Deutungs- und Beratungsangebote für die Vergabepraxis

Neben der Reform von Gesetzen und Verordnungen ist auch die Ausdeutung von formalen Normen ein politisches Feld, auf dem unterschiedliche Akteure und Interessen um Einfluss ringen. Dies gilt wie oben bereits gesehen für die *verbindliche* Ausdeutung durch die Rechtsprechung. Es gilt aber auch für das breite Spektrum an *nicht verbindlichen* Informations- und Beratungsangeboten, wie die formalen Regeln in der Praxis implementiert werden können. Die Doppelbewegung aus Vermarktlichung und Sozialpolitisierung hat sich nicht nur in einer verdichteten und inhaltlich mehrgleisigen Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe niedergeschlagen, sondern ist auch mit einem starken Ausbau von Deutungsangeboten für die administrative Praxis einhergegangen, die den Verwaltungsangestellten Unterstützung und Orientierung in dem neuen Regelungswerk bieten sollen. Um diese nicht-verbindlichen Deutungsangebote für die Vergabepraxis und die verschiedenen Akteure, die an ihrer Produktion mitwirken, geht es in diesem Kapitel.

Diese Deutungsangebote treffen in der kommunalen Vergabepraxis oft auf politische Entscheidungsträger und Behördenangestellte, die ihrerseits eher über generalistisches Wissen verfügen und insofern auch in der Selbstdeutung Lücken und Nachholbedarfe bei der vergabespezifischen Expertise haben; dies gilt zumindest für die von uns betrachteten Beschaffungssegmente (s. Kap. 7 und 8). Die externe Expertise hat hier daher auch performative Wirkung: Mit den *Angeboten* wird zugleich die *Nachfrage* nach Expertise generiert. Denn mit der schriftlichen Kodifizierung von Anforderungen an Prozesse und Resultate der Auftragsvergabe tragen sie zur Etablierung von vergabespezifischen fachlichen Standards bei, an denen sich Vergabestellen messen lassen müssen. Zugleich bieten sie ihnen praktische Unterstützung bei der Bewältigung der gestiegenen Anforderungen. Die Deutungsangebote nehmen daher für sich in Anspruch, die Professionalisierung der Vergabepraxis zu unterstützen, die nach weit geteilter Überzeugung

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_6

notwendig ist, um den zunehmend anspruchsvollen Zielekanon für die öffentliche Beschaffung mit Leben zu füllen (Europäische Kommission 2017b; OECD 2019).

Berufsverbände und Bildungseinrichtungen für Vergabepraktiker*innen selbst spielen bei dieser Professionalisierung keine so zentrale Rolle wie im Falle der klassischen Professionen und Semi-Professionen des Gesundheits- und Sozialwesens. Vielmehr werden die professionellen Standards von einer Vielzahl auch externer Akteure mitentwickelt, die mit unterschiedlichen Interessen den Vergabepraktiker*innen ihre Expertise in Form von Beratungen, Schulungen, Leitbildern und Standards einer guten Auftragsvergabe andienen. Diese Professionalisierungs-Angebote helfen insofern nicht lediglich, Wissensdefizite auszugleichen, mit denen Verwaltungsakteure angesichts einer zunehmend komplexen Regelungsmaterie zu kämpfen haben, sondern sie transportieren auch Lösungsvorschläge, die den Überzeugungen und Interessen mancher gesellschaftlichen Akteure stärker entsprechen mögen als denen anderer Akteure. Wir verwenden daher für diese Mischung aus Lobby-Tätigkeit und Aufklärungsangeboten den Ausdruck ‚politische Professionalisierung'. Einen politischen Charakter erhalten diese Tätigkeiten auch dadurch, dass hier auch externe politische Akteure an der Professionalisierung mitwirken, etwa einzelne Ministerien und die Europäische Kommission.

Der folgende Abschnitt (Abschn. 6.1) gibt zunächst einen kurzen Überblick über diese stark gewachsene Expertise-Infrastruktur. Im Anschluss daran werden ausgewählte Akteure und die von diesen entwickelten Normen einer ‚guten' Auftragsvergabe näher beleuchtet. Zum einen geht es dabei um Akteure und Normen, die sich auf die Tätigkeit der öffentlichen Beschaffung selbst beziehen und hierfür einen neuen professionellen *Standard der ‚strategischen Beschaffung'* entwickeln (Abschn. 6.2). Zum anderen geht es um Akteure und Normen, die sich auf die von uns betrachteten Dienstleistungen beziehen (Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen) und hierfür *Standards guter Dienstleistungen* entwickeln (Abschn. 6.3).

All diese Angebote produzieren die informellen Normen, die neben den Gesetzen und Verordnungen Bestandteil der ‚Governance'-Strukturen in der Vergabepraxis sind. Wenngleich mit unterschiedlicher Akzentuierung und zum Teil unterschiedlichen Intentionen produzieren die genannten Akteure im Ergebnis Versatzstücke eines neuen Leitbildes, das der Gewährleistung qualitativ guter öffentlicher Dienstleistungen größeren Wert beimisst, und das wir mit dem Ausdruck ‚Guter Dienstleister' belegen. Die normativen Vorstellungen zu einer ‚guten' öffentlichen Auftragsvergabe lassen sich also nicht erschöpfend entlang der beiden Dimensionen ‚Vermarktlichung' und ‚Sozialpolitisierung' beschreiben.

Vielmehr wahrt dieses neue Leitbild gegenüber den Kernnormen beider Trends (wettbewerbliches Verfahren/Gute Arbeitsbedingungen) eine gewisse Distanz. Soziale Kriterien sind, wie zu sehen sein wird, in diesem Leitbild gewissermaßen ‚entfernte Verwandte' – sie gehören nominell zur erweiterten Wertefamilie und sind, um in Bild zu bleiben, mitunter auch auf Familienfotos drauf, bislang aber eher in den hinteren Reihen.

6.1 Öffentliche, private und gemeinnützige Beratungs- und Deutungsangebote: Ein Kurzüberblick über den neuen Beratungsmarkt

Die neue Expertise-Infrastruktur wird sowohl von gewerblichen Anbietern, (halb-)staatlichen Agenturen, sowie Verbänden und anderen zivilgesellschaftlichen Organisationen erbracht. Ihre Angebote lassen sich in Beratungsleistungen, Fachtagungen und Schulungen, Leitfäden und Informationsdienste sowie Foren für den peer-to-peer-Austausch unterteilen (siehe Tab. 6.1).

Unter den gewerblichen Anbietern dominieren spezialisierte *Vergaberechtskanzleien;* daneben gibt es weitere *Beratungsfirmen,* die beispielsweise auf die Erstellung von Leistungsverzeichnissen und weiteren Vergabeunterlagen in bestimmten Wirtschaftsbereichen spezialisiert sind. Neben vergaberechtlicher Expertise bringen sie auch Marktwissen, also fachliche Expertise zur ausgeschriebenen Leistung (zu Firmenstrukturen, Preisen, marktgängigen Varianten der zu beschaffenden Leistungen, technischen Standards etc.) in die Vergabeprozesse ein. Diese gewerblichen Anbieter können über die bloße Beratung hinaus auch ihrerseits mit der Durchführung von Vergabeverfahren, oder einzelnen Schritten darin, beauftragt werden (Burgi 2019). Neben dem Kerngeschäft der Beratungs- bzw. Beschaffungsdienstleistungen beteiligen sich die Kanzleien und Beratungsfirmen auch an den übrigen Angeboten (Schulungen und Tagungen, Informationsdienste); nicht zuletzt, weil ihnen diese auch als Foren zur Kundenakquise dienen dürften.

Für die Unterstützung bei konkreten Beschaffungsvorhaben können sich Kommunen zudem auch (halb-)öffentlicher Einrichtungen bedienen. Neben *zentralen Beschaffungsstellen* in Trägerschaft der Kommunen[1] können sie dafür insbesondere auf die *Auftragsberatungsstellen* (ABSt) zurückgreifen. Diese gehören

[1] Sogenannte ‚zentrale Beschaffungsstellen' oder ‚zentrale Submissionsstellen' übernehmen den gesamten Prozess einschließlich der Erstellung der Unterlagen und formalen Durchführung des Verfahrens (Eröffnung des Verfahrens, Prüfung und Bewertung der Angebote)

Tab. 6.1 Öffentliche, private und gemeinnützige Beratungs- und Deutungsangebote: Ein Überblick über den neuen Beratungsmarkt

	Gewerbliche Anbieter	(halb-)öffentliche Einrichtungen	NGOs, Verbände
Leitfäden; Informations-dienste	„Kompetenzstelle VergabeWissen“ der ReguvisFachmedien GmbH[a] DVNW-Vergabeblog[b]	EU Kommission[d] Nationale ‚Kompetenzstellen‘ (KOINNO[e], KNB[f], Kompass Nachhaltigkeit[g]) Kompetenzstellen + Informationsdienste auf Landes- und kommunaler Ebener[h] Branchenspezifische Einrichtungen, z. B. Vernetzungsstellen Schulverpflegung	Entwicklungspolitischer Organisationen (u. a. Weed[l], CI Romero[m]) Verbände der Sozialpartner Arbeitgeberverbände: z. B. BDSW für Sicherheitsdienstleistungen) Gewerkschaft(snah): z. B. Ver.di (2013) für Briefdienstleistungen; Mobifair[n] (2017) für Verkehrsdienstleistungen
Beratung	Spezialisierte Anwaltskanzleien weitere Beratungsfirmen	Auftragsberatungsstellen (ABsT) der Industrie-und Handelskammern sowie Handwerkskammern	
Peer-to-peer-Austausch	DVNW (Online-Forum; Regionalgruppen)[c]		Regionalgruppen und Gesprächskreise des Forum Vergabe e. V.[k]

(Fortsetzung)

Tab. 6.1 (Fortsetzung)

	Gewerbliche Anbieter	(halb-)öffentliche Einrichtungen	NGOs, Verbände
Fachtagungen und Schulungen	DVNW-Akademie Praxis-Seminare von Kanzleien (in Koop. mit Akademien + Verbänden)	Fachtagungen und Seminare von KOINNO, KNB Fortbildungen von Auftragsberatungsstellen, Kommunal- und Landesakademien für die öffentliche Verwaltung[i], Kommunalem Bildungswerk[j]	Fachtagungen und Workshops u. a. der oben genannten Vereine und Verbände z. B. DGB/FES-Tagungsreihe[o] z. B. BDSW

Quelle: Eigene Zusammenstellung
[a]http://www.reguvis.de/vergabe.html; umfasst u. a. Datenbank VergabePortal; versch. Zeitschriften (Print), u. a. VergabeNews
[b]Vergabeblog des Deutschen Vergabenetzwerks GmbH (http://www.vergabeblog.de)
[c]Deutsches Vergabenetzwerk GmbH (DVNW) (http://www.dvnw.de/)
[d]e-Competence Center: Tools for public buyers (ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/tools-public-buyers_en
[e]Kompetenzzentrum für innovative Beschaffung (http://www.koinno-bmwi.de)
[f]Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB) http://www.nachhaltige-beschaffung.info
[g]http://www.kompass-nachhaltigkeit.de
[h]u. a. Kompetenzstelle für sozial verantwortliche Beschaffung des Landes Bremen https://www.immobilien.bremen.de/einkauf-vergabe/kompetenzstelle-fuer-sozial-verantwortliche-beschaffung-14924
[i]z. B. Kommunalakademie Rheinland-Pfalz (http://www.akademie-rlp.de); Landesakademie für öffentliche Verwaltung Brandenburg (lakoev.brandenburg.de)
[j]Das Kommunale Bildungswerk e. V. (http://www.kbw.de) ist eine als gemeinnützig anerkannte Weiterbildungseinrichtung für Beschäftigte im öffentlichen Sektor
[k]Das Forum Vergabe e. V. (http://www.forum-vergabe.de) ist ein als gemeinnützig anerkannte Netzwerk zum fachlichen Austausch im Vergaberecht
[l]World Economy, Ecology and Development (WEED) e. V. http://www.weed-online.org
[m]Christliche Initiative Romero e. V. (http://www.ci-romero.de/kritischer-konsum/beschaffung)
[n]mobifair – für fairen Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e. V. (http://www.mobifair.eu)
[o]Tagungsreihe zu sozialen Kriterien in der öffent lichen Auftragsvergabe, seit 2017 jährlich veranstaltet vom Deutschem Gewerkschaftsbund (DGB) und Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)

zu den Selbstverwaltungseinrichtungen der deutschen Wirtschaft und sind überwiegend als gemeinsame Einrichtungen der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern des jeweiligen Bundeslandes organisiert. Sie bieten Beratungsdienste, Praxisseminare und einen Vergaberechts-Newsletter an. Nach der eigenen Statistik haben die 15 ABSt im Jahr 2019 beispielsweise über 15.000 Beratungen sowie über 200 Seminare mit fast 5000 Teilnehmenden durchgeführt[2]. Der Übergang zwischen Auftragsberatungsstellen und privatwirtschaftlichen Anbietern von Expertise ist dabei fließend: Die ABSt übernehmen ebenfalls gegen Entgelt die Durchführung von Vergabeverfahren (Interview ABSt 1); zum Teil agieren sie auch als Vermittler, die Angebot und Nachfrage nach Expertise zusammenführen[3].

Was die inhaltliche Ausrichtung anbelangt, gilt für die bisher genannte Gruppe von Akteuren und Angeboten, dass ihre Geschäftsgrundlage die dynamische Rechtsentwicklung und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ist, und der primäre Zweck der Beratungsleistungen darin besteht, die Vergabestellen bei der Durchführung eines rechtssicheren Verfahrens zu unterstützen.[4] Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass hier eine bestimmte konservative Ausdeutung des Rechts dominiert, die von der Berücksichtigung sogenannter ‚vergabefremder' Ziele abrät. Vielmehr richten sich die Beratungsdienstleistungen nach den Vorstellungen und Wünschen ihrer Kunden, also der öffentlichen Auftraggeber,

---

gegen ein Entgelt für die Kommunen bzw. die Fachämter. *Solche* zentralen Beschaffungsstellen bieten ihre Dienste häufig überkommunal an; Träger sind Gemeindeverbände (Landkreise) oder auch andere Zusammenschlüsse kommunaler Verbände (z. B. KUBUS Kommunalberatung und Service GmbH, https://www.kubus-mv.de).

[2] Quelle: https://auftragsberatungsstellen.de/index.php/ueber-uns.

[3] So führt das Auftragsberatungszentrum Bayern (ABZ) beispielsweise eine Datenbank, in die sich auf bestimmte Branchen spezialisierte Berater*innen eintragen lassen können; diese Kontakte werden bei entsprechenden Anfragen von Seiten öffentlicher Auftraggeber dann von der ABZ vermittelt. (Quelle: https://www.abz-bayern.de/abz/inhalte/Bieterdatenbank/Benennung.html).

[4] So wirbt der Reguvis-Verlag für seine Fachzeitschrift ‚VergabeNavigator' auch mit den Gefahren rechtlich fehlerhafter Verfahren (Nachprüfungsverfahren): *„Das Vergaberecht gehört zu den schwierigsten Aufgabenbereichen der öffentlichen Verwaltung. Gerade für den Nichtjuristen sind die zahllosen formalen Anforderungen nur sehr schwer zu durchschauen. Der bedeutende Stellenwert einer rechtssicheren Auftragsvergabe lässt sich an der hohen Zahl vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren ablesen. Hier hilft die Zeitschrift „VergabeNavigator". Sie beschreibt praxisgerecht die gängigen Arbeitsabläufe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und erläutert typische Probleme Schritt für Schritt."* (Quelle: Auszug aus Webseite der Zeitschrift, https://www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe/fachzeitschriften/vergabenavigator.html.

und diese können sehr unterschiedlich sein (Interviews ABSt 1, ABSt 2; Vergaberechtskanzlei). Tendenziell werden die Beratungsdienstleistungen demnach insbesondere dort nachgefragt, wo eine Vergabestelle neue Wege beschreitet, sich also auch vom bisher genutzten, vergaberechtlich einfachen Verfahren der Vergabe nach dem niedrigsten Preis verabschiedet.

Eine gezieltere politische Agenda verfolgen hingegen weitere öffentliche und verbandliche Akteure. Zu ihnen zählen verschiedene ‚Kompetenzzentren' auf Bundes- und Landesebene, etwa das Kompetenzzentrum für nachhaltige Beschaffung (KNB), das seinen Schwerpunkt auf der ökologischen Nachhaltigkeit hat, sowie das Kompetenzzentrum für innovative Beschaffung (KOINNO) – auf beide geht Abschn. 6.2.2 noch näher ein. Auch die Internetplattform ‚Kompass Nachhaltigkeit' (www.kompass-nachhaltigkeit.de) zählt dazu; sie ist ein Kooperationsprojekt zweier öffentlich finanzierter, entwicklungspolitischer Einrichtungen und legt ihren Fokus auf die Beschaffung fair gehandelter Produkte.[5] Ein entsprechendes eigenes Kompetenzzentrum für die sozialverantwortliche Auftragsvergabe hierzulande erbrachter Dienstleistungen fehlt demgegenüber bislang – was den nachrangigen Stellenwert des Themas in der Praxis (s. Kap. 8 und 9) begünstigt.[6]

Ein ähnliches inhaltliches Profil wie die Kompetenzzentren – einschließlich der Schwachstelle in Bezug auf die sozialverantwortliche Auftragsvergabe von Dienstleistungen – besitzt auch das einschlägige ‚Soft law', also die Vielzahl schriftlicher Leitfäden und Best-Practice-Sammlungen, die von öffentlichen Stellen wie auch von anderen Organisationen verfasst werden, um den auftraggebenden Stellen Möglichkeiten zur nachhaltigen Auftragsvergabe innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen aufzuzeigen. An ihrer Produktion beteiligen sich neben Ministerien (z. B. Umweltministerium Baden-Württemberg 2017) und zivilgesellschaftlichen Organisationen (z. B. CIR/Terre des hommes 2015; WEED 2019), auch die Europäische Kommission (s. Abschn. 6.2.1), sowie Verbände der Sozialpartner selbst (s. Abschn. 6.3.1).

Wichtige Orte der Produktion von informellen Normen sind schließlich auch die verschiedenen Foren, in denen die zuständigen Entscheider*innen eigene

---

[5] Einen aktuellen Überblick über weitere Unterstützungsangebote für nachhaltige öffentliche Beschaffung von Seiten der Bundesländer und Kommunen (zum Teil in Zusammenarbeit mit regionalen Akteurs-Netzwerken zum Thema nachhaltige Beschaffung) gibt die Publikation dreier entwicklungspolitischer Organisationen (AGL et al. 2021).

[6] Mit der „Servicestelle Landestariftreue- und Mindestlohngesetz (LTMG)" in Baden-Württemberg existieren dort und in manchen anderen Bundesländern allerdings Einrichtungen, die über die zu beachtenden Lohnvorgaben informiert.

Wissensbestände und Erfahrungen austauschen – auf Fachtagungen und Praxisseminaren, sowie in eigens dafür eingerichteten Netzwerken. Hier werden nicht nur Informationen ausgetauscht, sondern auch Ratschläge erteilt und Überzeugungen vermittelt, welche Handlungsweisen möglich, heikel, geboten sind. Insbesondere hier findet auch ein Praxis-Abgleich statt – also eine Verständigung nicht nur darüber, was *rechtlich möglich* ist, sondern auch was praktikabel ist, bzw. was in der Vergabepraxis in punkto Ressourcenaufwand und Kontrollierbarkeit des Ergebnisses als *‚gerechtfertigtes' Vorgehen* erscheint. Für solche Netzwerke für den peer-to-peer-Austausch ist in der Literatur auch der Ausdruck „communities of practice" (Wenger 1998) geprägt worden; diese vereinen Personen, die im beruflichen Alltag vor den gleichen praktischen Problemen stehen und im regelmäßigen Austausch mit anderen dafür nach Lösungen suchen und voneinander lernen. Die Europäische Kommission hat in Rahmen ihrer Professionalisierungsstrategie (s. unten) ihren Mitgliedsstaaten ausdrücklich die Unterstützung solcher ‚communities of practice' empfohlen (Europäische Komission 2017b). Sie haben sich aber, zumindest in Deutschland, unabhängig davon bereits früher gebildet, etwa das Online-Forum des Deutschen Vergabenetzwerks (http://www.dvnw.de) oder die Regionalgruppen des Forums Vergabe e. V.

Im Folgenden betrachten wir nun einige ausgewählte Akteure und die inhaltliche Stoßrichtung ihrer Professionalisierungs-Angebote etwas näher.

6.2 Professionalisierung des öffentlichen Einkaufs und der neue Standard der strategischen Beschaffung

Zunächst geht es in diesem Abschnitt um Akteure und Normen, die die *verwaltungsseitigen Tätigkeiten* in der öffentlichen Beschaffung selbst zu professionalisieren beanspruchen und dabei einen *neuen Standard der ‚strategischen Beschaffung'* entwickeln. Neben der Europäischen Kommission (Abschn. 6.2.1) wirken hieran auch die Fachverbände, spezialisierte Beratungszentren und die akademische Betriebswirtschaftslehre mit (Abschn. 6.2.2).

6.2.1 Professionalisierung ‚von oben': Soft Law-Strategie der EU

Nach Abschluss der Umsetzung der reformierten Vergaberechtsrichtlinien in nationales Recht hat die Europäische Kommission ihre Aufmerksamkeit auch deren Anwendung in der Praxis höhere Aufmerksamkeit zugewandt. Zu diesem

Zweck hat sie unter anderem Empfehlungen zu Professionalisierungsmaßnahmen der Mitgliedsstaaten (Europäische Kommission 2017b) veröffentlicht und verschiedene Instrumente zur Professionalisierung der Vergabepraxis entwickelt – eine Best-Practice-Sammlungen zur Professionalisierung (u. a. Europäische Kommission 2017c); einen ‚Europäischen Kompetenzrahmen für Fachkräfte des öffentlichen Beschaffungswesens' (Europäische Kommission 2020a, b, c), und insbesondere ein „E-Kompetenzzentrum" mit verschiedenen Leitfäden und weiteren Materialien, "mit deren Hilfe öffentliche Auftraggeber ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis und bessere politische Ergebnisse für die Bürgerinnen und Bürger erzielen" sollen.[7]

Mit diesen Maßnahmen sucht die Kommission ihre eigene Rolle bei der Implementation des europäischen Vergaberechts zu erweitern, wie die zuständige Generaldirektion Binnenmarkt in einem Treffen mit ihrem Expert*innen-Beirat zur öffentlichen Auftragsvergabe[8] in Vorbereitung der Materialien erläuterte:

> „Now that the new Directives have been adopted and are being transposed, it is time to think of their practical implementation on the ground. In terms of policy orientations, the Commission seeks to shift from being just the enforcer to ensuring procurement is carried out in an efficient manner through more concrete assistance to the Member States efforts to professionalise PP." (Europäische Kommission 2016, S. 4)

Die Kommission war hier offenbar zu der Auffassung gelangt, dass die frühere Herangehensweise der Kommission als ‚Hüterin der Verträge' mithilfe rechtlicher Verfahren (u. a. institutionalisierter Bieterschutz) zu kurz griff und der Ergänzung um proaktive Orientierungshilfe bedürfe. Den Ausschlag dafür dürften nicht zuletzt die hohen Ermessensspielräume in der Praxis gegeben haben, die mit der Reform 2014 und der damit einhergehenden stärkeren Öffnung für ‚horizontale Ziele' noch ausgeweitet wurden. Der geringe Professionalisierungsgrad der administrativen Ebenen in vielen Mitgliedsstaaten wurde in der gleichen Beiratssitzung als ein Grund für die eher gering verbreitete Nutzung von Möglichkeiten zur Berücksichtigung ökologischer, innovativer und sozialer Ziele eingeschätzt (ebda., S. 3). Zugleich warnten mehrere der anwesenden Expert*innen auch vor einer übermäßigen und missbräuchlichen Nutzung sozialer Ziele, die in eine

---

[7] https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/tools-public-buyers_de

[8] Eine solche „Stakeholder expert group" besteht bereits seit dem Ende der 1980er Jahre und wurde seit der Vergaberechtsreform 1–3 mal jährlich zu unterschiedlichen Themen einberufen. Nähere Informationen zu den Treffen und der Zusammensetzung der Gruppe s. https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2807

Bevorzugung lokaler Bieterfirmen, Wettbewerbszerrungen und Verletzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes münden könnten. Vergabestellen müssten daher umsichtig mit diesen Möglichkeiten umgehen, um die übrigen Prinzipien des europäischen Vergaberechts nicht zu verletzen (ebda., S. 3.). Folgerichtig wurde in der Beiratssitzung angeregt, die Europäische Kommission möge Handreichungen entwickeln, die erklären *„what can be done, what is compliant or not compliant with the Directives"* (ebda., S. 4).

Die gleichen Vorbehalte hatte die Generaldirektion Binnenmarkt der Kommission bereits während der Verhandlungen zur Reform der Vergaberichtlinien geltend gemacht und daher eine insgesamt bremsende Rolle eingenommen (s. Kap. 4 und Semple 2018, S. 84). Entsprechend hatte sie auch bereits zuvor den vom Beraterkreis empfohlenen Ansatz verfolgt, indem sie in ihren früheren Mitteilungen nicht nur auf die vergaberechtlichen *Möglichkeiten,* sondern auch auf *Grenzen* der Berücksichtigung sekundärer Ziele hinwies – so auch in ihrem ersten Leitfaden ‚Buying Social' zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2011 (Europäische Kommission 2011). Zwar formulieren die neueren Handreichungen zur Professionalisierung durchgängig den Anspruch, Vergabestellen bei der ‚strategischen' Nutzung der Auftragsvergabe zu unterstützen. Angesichts der genannten Vorbehalte ist jedoch ebenso plausibel anzunehmen, dass ein wichtiges Motiv für diese Professionalisierung ‚von oben' darin bestand, die Nutzung insbesondere sozialer Ziele in Zaum zu halten oder zumindest zu einer Nutzung ‚in Maßen' und in selektiver Weise anzuhalten.

In selektiver Weise hatte die Europäische Kommission ihre Vorbehalte gegenüber ökologischen Zielen schon vor längerer Zeit abgebaut und sogar einen pro-aktive Haltung eingenommen. Dafür hatte auch der Vertrag von Lissabon aus dem Jahr 2010 die Türen geöffnet, indem er eine neoliberal geprägte Umdeutung und Vereinnahmung der umweltgerechten Beschaffung vornahm, wie Kunzlik (2013a, b) herausgearbeitet hat: Die aktive Förderung energieeffizienter und anderer innovativer, umweltschonender Technologien auch mithilfe der öffentlichen Beschaffung soll nach dem neuen Verständnis nun die Vorreiterstellung europäischer Unternehmen in diesem Marktsegment ausbauen und darüber vermittelt auch die globale Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen in anderen Wirtschaftsbereichen stärken.

Eine ähnliche Überformung und selektive Akzentuierung nehmen die jüngeren EU-Dokumente zur Professionalisierung auch in Bezug auf soziale Ziele vor; auch wenn dies im Endeffekt nur begrenzt gelingt. Die Mitteilung der Kommission, die die Professionalisierung der Vergabepraxis zu einer von mehreren Prioritäten für eine „funktionierende öffentliche Auftragsvergabe" erklärt (Europäische Kommission 2017a), ordnet die Professionalisierung als einen Beitrag

zu einer „strategischen Auftragsvergabe" ein, die auch politische Zielsetzungen umfassen kann. Dieses Verständnis von ‚strategischer Auftragsvergabe' überschneidet sich stark mit dem der OECD und anderer Institutionen[9]. Gemeinsamer Nenner der verschiedenen Definitionen ist es, öffentliche Aufträge nicht mehr nur auf Grundlage des Angebotspreises zu bewerten, sondern den öffentlichen Mitteleinsatz zugleich auf die Erreichung sogenannter ‚strategischer Ziele' hin zu steuern (OECD 2019, S. 195 ff.). Kernzwecke bleiben jedoch weiterhin die *Effizienzsteigerung* sowie die *Qualität der beschafften Güter und Dienstleistungen,* wie das folgende etwas längere Zitat veranschaulicht:

> „Die europäischen Bürgerinnen und Bürger erwarten für ihre Steuern eine faire Gegenleistung in Form qualitativ hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen. Eltern möchten, dass ihre Kinder in den Schulen gesundes Essen erhalten (…). *Für eine hohe Qualität der öffentlichen Dienstleistungen ist ein strategisches Vorgehen bei Beschaffungen notwendig*. (…) Für Behörden stellt die Vergabe öffentlicher Aufträge speziell in Zeiten angespannter Haushalte in den Mitgliedstaaten ein wirksames Instrument zur effizienten, nachhaltigen und *strategischen Verwendung öffentlicher Gelder* dar. Ein besseres Management der Auftragsvergabe (…) kann erhebliche Einsparungen in den öffentlichen Haushalten und eine Steigerung der Investitionen bewirken. Beispielsweise könnten mit einem Effizienzgewinn von 10 % *Mittel in der beträchtlichen Höhe von 200 Mrd. EUR eingespart werden, ohne dass das Niveau der Dienstleistungen für die Bürgerinnen und Bürger Europas sinken würde*. (…) Die 2014 verabschiedete neue Generation von Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge stellt einen Rahmen für ein flexibleres öffentliches Auftragswesen bereit. Durch die Richtlinien werden die Verfahren vereinfacht und der Zugang von KMU zu öffentlichen Aufträgen verbessert. *Das allgemeine Ziel besteht darin, bei öffentlichen Ausgaben ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis und bessere Ergebnisse im Sinne der politischen Zielsetzungen auf gesellschaftlicher und sonstiger Ebene zu erzielen und gleichzeitig ihre Effizienz zu erhöhen*." (Europäische Kommission 2017a, S. 2 f., Hervorhebungen durch die Autorinnen)

Im Unterschied zum Verständnis der OECD, die noch auf das Spannungsverhältnis zwischen „sekundären" Zwecken und dem „need to achieve value for money" (OECD 2015, S. 9) verweist, fließen in der EU-Definition von ‚strategischer' Auftragsvergabe alte und neue Zwecksetzungen spannungsfrei zusammen: Sie dient sowohl den alten Prinzipien von Transparenz und effizienter Mittelbewirtschaftung als auch den neueren „politischen Zielsetzungen". Die verbindende Formel ist hier das „bessere Kosten-Nutzen-Verhältnis". Dazu können alte Zielsetzungen

[9] Siehe hierzu insbesondere die *‚OECD Recommendation of the Council on Public Procurement' aus dem Jahr 2015* (*OECD* 2015), *sowie exemplarisch entsprechende Auszüge zur Bedeutung strategischer Beschaffung in den ‚Sustainable Development Goals, SDG' der Vereinten* Nationen (2015).

etwa auf der Kostenseite beitragen – zum Beispiel durch eine kostensenkende effizientere Beschaffung, die Mittel für Investitionen an anderer Stelle freisetzt. Auf der Nutzen-Seite können die neuen Zielsetzungen dazu beitragen, da der Nutzen nun explizit über den unmittelbaren Gebrauchswert der beschafften Güter und Dienstleistungen hinaus auch einen zusätzlichen gesellschaftlichen Nutzen umfassen kann.

Was diesen gesellschaftlichen Nutzen anbelangt, legen OECD wie auch Europäische Kommission ein sehr breites und heterogenes Zielspektrum zugrunde: Wirtschaftspolitische Zielsetzungen – sowohl traditionelle (Förderung von KMU) wie auch neuere (Förderung von Innovationen) – werden ebenso unter dem Ausdruck der ‚strategischen Ziele' subsumiert wie ökologische und soziale Ziele. Im Soft law der OECD wie auch der EU dominieren dabei eindeutig die beiden wirtschaftspolitischen Ziele sowie die ‚grüne' Beschaffung.[10] Soziale Ziele werden ebenso adressiert, jedoch nimmt die Kommission hier eine selektive Akzentuierung vor. Dies veranschaulicht der Prozess zur Überarbeitung ihres ‚Buying-Social'-Leitfadens (Europäische Kommission 2011), den die Europäische Kommission als ein Element zur Unterstützung der professionellen strategischen Auftragsvergabe versprach. Sie wählte dafür explizit einen konsultativen Ansatz – vermutlich auch in Reaktion auf Kritik seitens der europäischen Verbände der Sozialpartner, die sich beim ersten Leitfaden nicht genügend einbezogen sahen (u. a. EFFAT und FERCO 2008). Den inhaltlichen Fokus der Konsultationen versuchte die Kommission allerdings zu lenken: in ihrer Mitteilung kündigt sie an, sich in den Konsultationen Anregungen für die Überarbeitung einzuholen, *„insbesondere in Bezug auf die Frage, wie die Nachfrageseite für soziale Innovation und soziales Unternehmertum am besten integriert werden kann"* (Europäische Kommission 2017a, S. 10). Mit der Durchführung von verschiedenen Workshops und der Zusammenstellung zweier Sammlungen zu Beispielen guter Praxis der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe beauftragte die Europäische Kommission folgerichtig die eigene ‚Exekutivagentur für kleine und mittlere

[10] Besonders deutlich tritt dieser Bias in den einschlägigen Materialien der OECD hervor, deren zweijährlich erscheinender Bericht ‚Government at a Glance' (zuletzt: OECD 2021) seit 2013 jeweils ein Kurzkapitel zu ‚strategic public procurement' einschließt. In diesem lag der Fokus bis 2019 ausschließlich auf ‚grüner Beschaffung', innovativer Beschaffung und Förderung von KMU. Erst mit ihrem jüngsten Bericht hat die OECD begonnen, auch den Begriff des ‚Socially Responsible Procurement' mit Inhalt zu füllen (OECD 2021, S. 164; siehe auch die einschlägige Webseite der OECD, https://www.oecd.org/gov/public-procurement/), wenngleich auch dies selektiv: Sie operationalisiert den Begriff mit dem Thema ‚Verantwortliche Unternehmensführung' („Responsible Business Conduct"), zu dem öffentliche Auftraggeber die beauftragten Firmen anhalten sollen; inhaltlich umfasst diese Konzept neben sozialen wiederum auch ökologische Ziele.

Unternehmen' (EASME), die dabei einen besonderen Fokus auf die Beteiligung von Unternehmen der Sozialwirtschaft an öffentlichen Ausschreibungen legte (Europäische Kommission 2019, 2020c). Wenig überraschend dominieren dort im Ergebnis Beispiele für Praktiken, die *Inklusionsziele* verfolgen – sowohl auf Seiten des Arbeitsangebots (Beschäftigungsmöglichkeiten für Langzeitarbeitslose und benachteiligte Gruppen am Arbeitsmarkt; bevorzugte Vergabe von Aufträgen an Unternehmen der Sozialwirtschaft) als auch auf Seiten der Nutzer*innen der öffentlich beschafften Dienstleistungen und Produkte (Barrierefreiheit für Behinderte und ältere Menschen). Deutlich weniger Raum nehmen demgegenüber Maßnahmen ein, die auf eine Verbesserung von Löhnen und anderen Arbeitsbedingungen zielen.

Diese Schwachstelle hatte Semple bereits für die erste Fassung des ‚Buying Social'-Leitfaden diagnostiziert, und das auf die entsprechenden Bedenken der Kommission gegenüber der wettbewerbsbeschränkenden Nutzung sozialer Kriterien zurückgeführt, nicht etwa auf die lückenhafte Praxis: Zu diesem Zeitpunkt (2011) seien Lohnvorgaben und fair-trade-Kriterien bereits gut in der lokalen Vergabepraxis etabliert gewesen, fänden in dem Leitfaden jedoch kaum Erwähnung (Semple 2018, S. 84). Trotz der selektiven Herangehensweise der Europäischen Kommission bei der Erstellung ihrer Orientierungshilfen hat sich dies mit der überarbeiten Fassung des ‚Buying-Social'-Leitfadens (Europäische Kommission 2021) allerdings verändert. Fair-trade-Kriterien nehmen hier nun einen deutlich breiteren Raum ein, und auch die Arbeitsbedingungen in vor Ort erbrachten Bau- und Dienstleistungen stehen bei mehreren der angeführten Beispiele und Anregungen im Zentrum.[11]

Möglich ist, dass sich darin auch eine entsprechende Diversifizierung und stärkere Verbreiterung von Praktiken der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in den Mitgliedsländern niederschlägt. Dass solche Praktiken auch Aufnahme in den ‚Buying-Social'-Leitfaden gefunden haben, dürfte zudem auch dadurch begünstigt worden sein, dass neben EASME auch weitere Akteure in die Zusammenstellung eingebunden waren – etwa das Netzwerk ICLEI (Local Governments for Sustainability); und schließlich ein breiterer Kreis von Expert*innen, Institutionen und Verbänden, deren Stellungnahmen zum Leitfaden über eine Online-Befragung eingeholt wurden.[12] In jedem Fall kann diese Themenerweiterung im

[11] Ein anschaulicher Indikator dafür: Während das Wort ‚Tarifvertrag' in der ersten Fassung ausschließlich in Verbindung mit dem Rüffert-Urteil fällt (also als Beispiel für eine nicht-erlaubte Praxis), zeigt der zweite Leitfaden an mehreren Stellen Möglichkeiten zur Erstreckung und Kontrolle von Tarifverträgen auf.

[12] https://ec.europa.eu/info/consultations/commission-guide-socially-responsible-public-procurement_de

Vergleich zum ersten ‚Buying-Social'-Leitfaden als Beleg dafür betrachtet werden, dass hier eine gewisse Eigendynamik am Werk ist, welche den Standard der ‚strategischen Beschaffung' zugunsten eines breiteren Verständnisses sozialer Ziele öffnet. Mit dem konsultativen Ansatz und der wenigstens vordergründig widerspruchsfreien Eingemeindung und Gleichstellung sozialer Ziele im Wertekanon der ‚strategischen Auftragsvergabe' wurde gewissermaßen eine Bühne eröffnet, auf der auch solche Beschaffungspraktiken Legitimität als ‚bewährte Vorgehensweise' beanspruchen können, die über den enger abgezirkelten Rahmen der Europäische Kommission hinausreichen.

6.2.2 Professionalisierung durch Fachverbände und akademische Betriebswirtschaftslehre

Für die Vergabepraxis in Deutschland ist vor allem relevant, mit welchen konkreten Inhalten der neue Standard der strategischen Beschaffung in Deutschland gefüllt wird. Daher wenden wir uns nun den Deutungsangeboten zu, die auf nationaler Ebene dazu beitragen, den Standard zu präzisieren, weiterzuentwickeln und zu verbreiten. Zentrale Akteure in Deutschland sind dabei insbesondere der Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e. V. (BME)[13], die akademische Betriebswirtschaftslehre, sowie spezialisierte Kompetenzzentren, die auf eine stärkere ‚Innovationsorientierung' im öffentlichen Einkauf von Produkten und Dienstleistungen fokussieren, und in dem Zusammenhang auch die Zielsetzung der ‚Nachhaltigkeit' im Beschaffungsprozess verfolgen. Namentlich sind dies vor allem das vom Bundeswirtschaftsministerium geförderte ‚Kompetenzzentrum Innovative Beschaffung' (KOINNO), das vom BME betrieben wird, und die aus dem Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit der Bundesregierung hervorgegangene ‚Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung' (KNB).[14] KOINNO und KNB haben insofern in ihrer Zielsetzung eine größere gemeinsame Schnittmenge,

---

[13] Der 1954 gegründete BME ist ein Fachverband für Einkauf, Supply Chain Management und Logistik, der auch eine Fachgruppe ‚öffentliche Auftraggeber' betreut. Ziele sind der Transfer von Know-How, Aus- und Weiterbildung von qualifiziertem Personal sowie die wissenschaftliche Arbeit an Methoden, Verfahren und Techniken professionellen Einkaufs – sowohl von privater wie auch von öffentlicher Hand.

[14] Mit dem Programm hatte der Bund am 6. Dezember 2010 u. a. beschlossen, die öffentliche Beschaffung am Leitprinzip einer nachhaltigen Entwicklung auszurichten. Die KNB wurde im Jahr 2012 gegründet und ist administrativ dem Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren zugeordnet.

als viele innovative Lösungen auch zu nachhaltigen oder umweltfreundlichen Ergebnissen beitragen.

Der Beitrag der Kompetenzzentren besteht vor allem in der Verbreitung des Standards der strategischen Beschaffung. In ihrer vielfältigen Informations- und Beratungsarbeit beziehen sich die Beratungszentren, insbesondere von KOINNO, teils explizit auf Diskurse und Konzepte aus der akademischen Betriebswirtschaftslehre (insbesondere auf Arbeiten von Michael Eßig[15]) – oder, so die KNB, auf Informationen aus einem breiten Netzwerk einschlägiger Institutionen (u. a. Umweltbundesamt, Fachagentur für nachwachsende Rohstoffe FNR) und NGO's (u. a. CorA, WEED), die sich im Grundsatz mit der Implementierung von mehr Nachhaltigkeit im öffentlichen Einkauf befassen. KOINNO und KNB verstehen sich als Anlaufstellen für öffentliche Beschaffer*innen, die Informationen, Praxisbeispiele, Handlungsleitfäden und Tools (u. a. zur Berechnung von Lebenszykluskosten) bereitstellen, sich in Form von Veranstaltungen und Diskussionsforen aber auch proaktiv ins Spiel bringen und die bundesweite Vernetzung mit weiteren Verbänden und Initiativen auf dem Feld der strategischen Beschaffung vorantreiben. Sie bieten Praktiker*innen auf allen Ebenen des öffentlichen Auftragswesens darüber hinaus Seminare und Workshops sowie verwaltungsinterne Change-Management-Projekte an, um die Themen ‚Innovation' und ‚Nachhaltigkeit' zu verankern und Einkaufsprozesse im Sinne einer strategischeren Auszurichtung zu professionalisieren. Im Rahmen von KOINNO werden regelmäßig der Award ‚Innovation schafft Vorsprung' verliehen und auch Zertifizierungen[16] vorgenommen.

Mit ihrem Fokus auf Innovation und ökologischer Nachhaltigkeit (in jüngerer Zeit auch vermehrt auf ‚Fair-Trade'-Prinzipien) und ihrer Rückbindung an das Ziel der effizienten Mittelbewirtschaftung und die hergebrachten vergabepolitischen Kernprinzipien entspricht das von diesen Akteuren entwickelte Verständnis einer professionellen, strategischen Beschaffung in Bezug auf die *Zwecke* weitgehend dem von Europäischer Kommission und OECD. In einem gemeinsam von Eßig und dem BME herausgegebenem Band zu ‚Exzellenter öffentlicher Beschaffung'[17] wird eine im Hinblick auf ihre Strategiefokussierung als ‚exzellent' zu

---

[15] Michael Eßig, Professor der Betriebswirtschaftslehre an der Universität der Bundeswehr (Forschungsgebiet Beschaffung); zugleich Mitglied im Bundesvorstand des BME.

[16] https://www.koinno-bmwi.de/informationen/zertifizierung/

[17] Ziel dieses Buchbandes ist es explizit, mit dem Konzept ‚Exzellente öffentliche Beschaffung' einen Beitrag zur Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung zu leisten („öffentliche Beschaffung als Profession") – und damit klare Konturen für ein eigenständiges Berufsbild zu entwickeln (Eßig et al. 2013, S. 13). Für wissenschaftlich unterfütterte Ansätze zur Professionalisierung der Beschaffung siehe auch Badenhorst et al. (2011).

bezeichnende öffentliche Beschaffung definiert als „das strategische, Leistungs- und Prozess-Management aller externen Ressourcen einer Organisation zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, um ihre möglichst wirtschaftliche Versorgung mit Gütern, Dienstleistungen, Fähigkeiten und Wissen unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips bei gleichzeitiger Berücksichtigung definierter politisch-strategischer Ziele zu sichern" (Eßig et al. 2013, S. 20; ähnlich auch Knopf et al. 2010; Lohmann und Werres 2013).

Eigene Akzente setzen die betriebswirtschaftlich unterfütterten Konzepte vor allem bei den *Mitteln* auf dem Weg zu diesem Ziel. Deutlicher als von Seiten der OECD und EU wird dabei aus einer betriebswirtschaftlichen Perspektive eine einseitige Orientierung am (vermarktlichten) Vergaberecht und dem in ihm verankerten Primat des Wettbewerbsprinzip problematisiert – beispielsweise weil anders als im Falle privater Beschaffungsvorgänge langfristige Lieferantenbeziehungen dadurch erschwert werden, und durch die kurzfristigen Verträge und offenen Wettbewerbe hohe Transaktionskosten bei den Ausschreibungsverfahren erzeugt werden, „ohne im Ergebnis den leistungsfähigsten Anbieter auszuwählen" (Eßig und Batran 2006, S. 119). „Das Dilemma der öffentlichen Beschaffung resultiert einerseits aus der Forderung nach mehr Wettbewerb zur effizienten Allokation von Ressourcen sowie andererseits den Erfolgen der Privatwirtschaft durch strategisches Supplier Relationship Management, also dem expliziten und fallweisen Ausschluss von Wettbewerb." (ebda., S. 121). Die effiziente Mittelbewirtschaftung bleibt – neben den politisch definierten Zielen – damit ein wichtiger Maßstab; der „‚reine' Lieferantenwettbewerb" (ebda.) gilt dafür aber als suboptimales Mittel. Das Effizienz-Ziel wird zudem auf den Beschaffungsvorgang selbst bezogen, also auf die „Prozesskosten", die verwaltungsseitig für die Planung und Durchführung einer Ausschreibung und bieterseitig für die Teilnahme an Ausschreibungen entstehen. Hier werden erhebliche Einsparpotentiale gesehen; auch und gerade bei Beschaffungsvorhaben mit ‚sekundären' politischen Zielen (Eßig et al. 2013, S 10 ff.). Unter Rückgriff auf Grundgedanken des New Public Management soll das Verwaltungshandeln in der Beschaffung so insgesamt durch eine stärkere Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Konzepte in der Beschaffungsorganisation *leistungsfähiger* werden, und dadurch Vergabestellen in die Lage versetzt werden, auch politische Ziele effizient und effektiv zu verfolgen.

Auf dieser Reorganisation von Entscheidungskompetenzen und Abläufen bei den Einkaufsprozessen sowie beruflichen Kompetenzen der Einkäufer*innen liegt dementsprechend der Schwerpunkt der verschiedenen Ausarbeitungen und Beratungsangebote zur ‚strategischen Beschaffung', sowohl seitens der akademischen Betriebswirtschaftslehre als auch seitens der Kompetenzzentren. Strategische Beschaffung erfordert demzufolge eine möglichst frühzeitige Implementierung

von Sekundärzielen in den Vergabeprozess. Voraussetzung sei hierfür eine strategische Einkaufsorganisation mit optimierten und digitalisierten Einkaufsprozessen sowie klaren Zuständigkeiten, an der es bislang mangele (Interview KOINNO)[18]. In dem bereits zitierten Band zu ‚Exzellenter öffentlicher Beschaffung' definieren Lohmann und Werres (2013) verschiedene Kernziele für ein strategisches Beschaffungsmanagement. Dazu zählt die „Weiterentwicklung der bisherigen regelzentrierten Einkaufspraxis zu einer integrierten betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise" (ebda., S. 74). Ein strategisches öffentliches Beschaffungsmanagement ziele in systematischer Weise auf eine Volumenkonzentration, eine Optimierung der Gesamtbeschaffungskette sowie ein strategisches Lieferantenmanagement. Auch die Konsolidierung ausgewählter Einkaufsfunktionen als ‚Shared Services Center'[19] diene der strategischen Optimierung des öffentlichen Einkaufs. Letzteres meine „mehr als nur eine Zentralisierung von Aufgaben" (ebda., S. 78). SSC's ermöglichten auch eine Bündelung strategisch relevanter Kernprozesse, wie die Beobachtung der Marktentwicklung und des Rechtsrahmens, Qualitätsmanagement und Beschaffungscontrolling.

Flankiert wird die Vorstellung von einer strategischeren oder gar ‚exzellenten' Beschaffungsorganisation von der Vision einer neuen Art von Einkäufer*in. Im ‚klassischen' Einkaufsprozess befindet sich die *beschaffende Stelle* modellhaft in einer „Sandwich"-Position (Interview KOINNO) zwischen a) *Bedarfsträgern bzw. Nutzern* des Produktes oder der Dienstleistung und b) deren *Herstellern bzw. Anbietern.* Oberhalb der beschaffenden Stelle werde (idealerweise) die c) *strategische Entscheidung* getroffen, die ihrerseits zwischen gesetzlichen (vergaberechtlichen) Regelungen und politischen Zielsetzungen vermittele, indem sie ‚strategische' Ziele definiere und gegenüber der beschaffenden Stelle begründe

---

[18] Gestützt wird diese Einschätzung durch die Ergebnisse der Follow-Up-Studie „Kommunale Beschaffung im Umbruch", die in den Jahren 2013, 2014/15 und zuletzt 2019/20 (Schuster et al. 2020) durchgeführt worden ist. Wenngleich sich die Einkäufer*innen in den größten Beschaffungsstellen in Bund, Ländern und Kommunen (befragt worden sind fast ausnahmslos zentrale Vergabestellen) inzwischen gedanklich auf den Weg zum ‚strategischen' Einkauf gemacht hätten, bleibe die konkrete Umsetzung auf organisatorischer Ebene die Ausnahme. Priorität hätte nach wie vor die Vermeidung vergaberechtlicher Verstöße und eine diesbezügliche Orientierung an Prozesseinhaltung in der Einkaufspraxis. Es mangele insbesondere an effizienten und digitalisierten Prozessen sowie standardisierten und vereinfachenden Verfahren, um strategische Ziele fest zu verankern (ebda., S. 3).

[19] auch ‚SSC'-Modell genannt; in der Betriebswirtschaftslehre definiert als „Organisationsansatz zur Bereitstellung von internen unterstützenden Dienstleistungen für mehrere Organisationseinheiten mittels gemeinsamer binnenorganisatorischer Nutzung von Ressourcen" (Lohmann und Werres 2013, S. 78).

(„klares Mandat von oben“). Die beschaffende Stelle agiert in diesem ‚Sandwich‘-Modell oftmals nur als operativer Bestellabwickler, zumal wenn sie erst nach Erstellung des Leistungsverzeichnisses eingebunden wird (Schuster et al. 2020, S. 4). Offen bleibe dabei stets eine Reihe von Fragen, die die Einflusslücken ‚klassischer‘ Einkäufer offenlegt:

> „Aus einkäuferischer Sicht ist eben die Frage: Wo werden die Kriterien definiert? Mit welcher Maßgabe, mit welchem Mandat von oben? Was darf es auch kosten, welches Budget haben wir dafür? Welche Anbieter gibt es, können die das auch, wollen die das auch erfüllen? Habe ich dafür vorher auch schon mal eine Markterkundung gemacht, habe ich überhaupt einen Überblick, wie die Anbieterseite da auch aufgestellt ist und: Kann ich das, was ich da dann als Kriterium nehme, auch hinterher kontrollieren?“ (Interview KOINNO)

In Bezug auf soziale Nachhaltigkeit, die aufgrund der häufig höheren Kosten (auch gegenüber Umweltzielen) immerhin zu Zielkonflikten in der Beschaffungsstelle führe, beschreibt die interviewte Vertreterin der KNB das auftretende Dilemma:

> „Es gibt ganz viele Situationen, wo der Einkauf nicht teurer wird, gerade bei den ökologischen Kriterien (…). Bei sozialen Kriterien sieht das anders aus. (…) Da wird es dann tatsächlich teurer und diesen Zielkonflikten muss sich ein Beschaffer stellen. Und die Frage ist dann: Wer muss eigentlich in welcher Rolle welche Frage beantworten? Und das ist in der Tat etwas, wo die Vorzimmerdame, die nebenher noch einkaufen soll, dann an ihre Grenzen stößt, häufig.“ (Interview KNB)

Im neuen Ideal des ‚strategischen‘ Einkaufs soll dieses Dilemma aufgelöst werden. Die Einkäufer*innen sollen als Expert*innen mit „Markt-Know-How“ (Eßig et al. 2013, S. 16) schon frühzeitig in den Prozess eingebunden werden, nämlich bereits in die Budgetplanung, sodass sie etwa Einfluss auf die Bedarfsermittlung nehmen, Warengruppenstrategien etablieren oder durch ein Lieferantenmanagement proaktiv nach außen (Schuster et al. 2020, S. 4) und insofern als kompetente Verhandlungs- und Ansprechpartner*innen agieren können. Die Beschaffer*innen von morgen nehmen eine Schlüsselrolle ein, sind nicht länger „Erfüllungsgehilfen“ (Eßig et al. 2013, S. 16), sondern entwickeln sich selbst zu Strategen:

> „Es wird eine andere Art von Einkäufer [benötigt] – nicht ein Erfüllungsgehilfe, der auf den Knopf drückt und eigentlich ausführt, was andere Fachstellen beschafft haben wollen. Sondern, dass er selber maßgeblich auf Augenhöhe mit der Amtsleitung (…)

> eine übergreifende (…) kommunale Strategie verfasst, in der eben Nachhaltigkeitskriterien enthalten sind, innovative Kriterien“ (Interview KOINNO)

In der Konsequenz plädiert die betriebswirtschaftliche Literatur für eine deutliche Erweiterung der Kompetenzprofile öffentlicher Einkäufer*innen (Eßig et al. 2013, S. 29), in denen Produkt- und Marktkenntnissen sowie betriebswirtschaftlichem Wissen ein größerer Raum („mindestens gleichwertig“) gegenüber dem „Primat des Vergaberechts“ eingeräumt werden müsse. Dies mache weitreichende Schulungen und Weiterbildungen erforderlich, um die gegenwärtige „Professionalisierungslücke“ (Eßig 2018, S. 499) zu schließen.

Insgesamt zielen diese neuen fachlichen Normen zum strategischen Beschaffungsmanagement also vor allem darauf, die organisatorischen sowie personell-qualifikatorischen Grundlagen für eine Beschaffungspraxis zu schaffen, die für die Verfolgung jeglicher sekundärer Ziele erforderlich sind. Sie setzen damit auf die grundsätzliche Befähigung der Vergabepraxis, aus dem breiten Kanon der ‚strategischen Ziele‘ die für sie passenden Ziele auszuwählen und anzuwenden. Eine proaktive, gezielte Unterstützung sozialer Ziele durch konkrete Handlungshilfen, Anreize und Fördermaßnahmen fällt allerdings deutlich schwächer aus als in Bezug auf die übrigen strategischen Ziele. Die Einstufung von sozialen Zielen als ‚entfernte Verwandte‘ in dieser Wertefamilie erscheint daher hier gerechtfertigt.

6.3 Professionalisierung der Dienstleistungen und neue Standards guter Dienstleistungen – die Rolle von Verbänden

Neben den Normen, die sich auf den Beschaffungsvorgang selbst beziehen, sind Vergabeverantwortliche auch gehalten, Normen zu berücksichtigen, die sich auf die beschafften Dienstleistungen selbst beziehen und diese zu professionalisieren suchen, also *Standards guter Dienstleistungen.* Während im Bau-Bereich mit DIN- und EN-Normen fachliche Standards bestehen, die über Verweise in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) verankert sind und der Verwaltung so als Orientierungsrahmen bei der Erstellung der Vergabeunterlage und der Bewertung der Angebote vorgegeben werden, sind es im Bereich der Schulverpflegung und der Sicherheitsdienstleistungen vornehmlich gesetzliche Normen sowie Richtlinien und Handbücher, die einen ähnlichen Zweck verfolgen. An ihrer Produktion wirken – insbesondere im Fall der Sicherheitsdienstleistungen – auch die Verbände der Sozialpartner mit, also die Interessenvertretungen der

Produzenten öffentlicher Dienstleistungen (s. Abschn. 6.3.1) Im Fall der Schulverpflegung sind es Organisationen und Institutionen, die vorrangig im Interesse der Konsument*innen der Dienstleistungen tätig werden (s. Abschn. 6.3.2). Die Mitwirkung der Verbände hat dabei nicht die gleiche Qualität wie in klassischen korporatistischen Beteiligungsformen, da ihre Beteiligung kaum formalisiert und die von ihnen produzierten Normen für sich genommen auch keine Verbindlichkeit besitzen. Es handelt sich insofern um eine Art ‚Korporatismus light'. Durch Verweise in den Ausschreibungsunterlagen und Verträgen können sie aber für die beauftragten Firmen einen verbindliche(re)n Charakter bekommen.

6.3.1 Professionalisierung durch Verbände und ‚Korporatismus light': Der Fall der Sicherheitsdienstleistungen

Im Fall der Sicherheitsdienstleistungen ist es insbesondere der Arbeitgeberverband, der sich sehr aktiv an der Formulierung fachlicher Standards beteiligt. Der Bundesverband der Sicherheitswirtschaft (BDSW) verfolgt im Sinne seiner Mitgliedsunternehmen eine Professionalisierungsstrategie, die sich in seine breit angelegte Kampagne zur Image-Pflege der privaten Sicherheitsdienstleistungen einschreibt und in der Hauptsache darauf abzielt, sich von der großen ‚Schmutzkonkurrenz' in der Branche abzuheben. Mit der Formulierung einer internen ‚corporate identity' und der Bestimmung fachlicher Standards geht es dem BDSW um eine öffentliche Aufwertung von Sicherheitsdienstleistungen. Der Blick richtet sich hierbei sowohl ‚nach innen', auf die Branche selbst (s. Abschn. 6.3.1.1), als auch ‚nach außen', sowohl an den Gesetzgeber als auch an öffentliche Auftraggeber (s. Abschn. 6.3.1.2). Diese Bemühungen haben sich weitgehend unabhängig von den Vergaberechtsreformen und der ‚strategischen' Neuausrichtung der Vergabe entwickelt und auch deutlich früher eingesetzt; der BDSW greift diese Entwicklung jedoch mehrfach als notwendige Voraussetzung auf und verknüpft seine Forderungen mit ihr.

6.3.1.1 Professionalisierung von Sicherheitsdienstleistungen – Der Blick „nach innen"

Nach innen gerichtet manifestieren sich die Professionalisierungsbemühungen unter anderem in einem erarbeiteten *Verhaltenskodex* (BDSW 2018a), mit dem die Verbandsmitglieder dazu angehalten werden, „seriöse und anerkannte Geschäftspraktiken und einen fairen Wettbewerb" zu verfolgen, die „berufliche und persönliche Reputation" zu wahren und insbesondere darauf zu achten,

„dass das öffentliche Ansehen von Verband und Mitgliedern nicht geschädigt wird“ (ebda., S. 2 f.). Dieses Ansinnen zeigt sich in den *Aufnahmeregelungen,* die nach eigener Aussage „sehr starr“ und einer behördlichen Prüfung ähnlich sind (Interview BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle).[20] Ein Aufnahmeverfahren könne über ein Jahr dauern, wie der Verband mitteilt. Es gibt darüber hinaus Überlegungen, die Mitgliedschaft im BDSW zu einem Zertifikat zu entwickeln. Dieses richtet sich als Professionalisierungsstrategie nicht nur nach innen, indem es auf dem Sicherheitsdienstleistungsmarkt „die Spreu vom Weizen“ trennen soll (ebda.), sondern soll auch Signalwirkung als „Qualitätssiegel“ für privatwirtschaftliche und öffentliche Auftraggeber entfalten.

Die praktische Umsetzung eines solchen Zertifikates qua Verbandsmitgliedschaft steht jedoch bislang noch aus; vermutlich auch, weil es alternative Möglichkeiten der Zertifizierung gibt. Grundlage dafür ist die bereits im Jahr 2002, „unter maßgeblicher Beteiligung des BDSW“ (BDSW 2018c)[21] veröffentlichte, eigenständige DIN-Norm 77200 für Tätigkeiten im privaten Sicherheitsgewerbe. Laut dem Deutschen Institut für Normung e. V. dient die Norm einem einheitlichen Verständnis zwischen Auftraggeber und -nehmer im Hinblick auf Transparenz und Eindeutigkeit in der Bestimmung und Festlegung des Auftragsumfangs.[22] Sie enthält verschiedene Anforderungen und Leistungskriterien, also greifbare Qualitätsstandards für die Vergabe (s. Abschn. 8.2.2) und gilt daher auch als Auftraggeber-Handbuch.

Der erste Teil der inzwischen mehrfach überarbeiteten DIN 77200 legt Mindestanforderungen an Sicherheitsdienstleister in Bezug auf Organisation, Prozesse und Personal[23] fest. Er ist ausdrücklich auch zur Bewertung von Angeboten geeignet, wenn der Auftragnehmer nicht entsprechend zertifiziert ist. Der zweite

---

[20] Erforderlich für die Mitgliedschaft sind demnach die Vorlage sowohl eines Bundeszentral- als auch Gewerbezentralregisterauszuges. Hinzu kommen aktuelle Unbedenklichkeitsbescheinigungen, darunter der Sozialversicherungsträger und des Finanzamtes „zur Feststellung der Zuverlässigkeit und des unbeanstandeten Tätigseins“ (BDSW 2020b). Abgefragt werden neben dem Bruttoumsatz des letzten Geschäftsjahres und umfangreichen Informationen zum Personal (Rekrutierung, Schulung und „Kontrolle während der Arbeitszeit“) auch Kundenreferenzen sowie Angaben zu vorliegenden Zertifizierungen.

[21] So ist der BDSW seit Längerem im ‚Arbeitsausschuss Wach- und Sicherheitsdienstleistungen‘ beim Deutschen Institut für Normung vertreten und hat zuletzt im Vorsitz des Gremiums die Überarbeitung der DIN 77200 begleitet (BDSW 2011, 2017b).

[22] https://www.din.de/de/wdc-beuth:din21:278769871

[23] In Bezug auf das Personal reichen die getroffenen Standards etwa von Einstellungsvoraussetzungen und Rekrutierung über Beschäftigungsbedingungen bis hin zu Qualifikation und Weiterbildung.

Teil enthält weitere Anforderungen an Sicherheitsdienstleister für Leistungsbereiche mit besonderer Sicherheitsrelevanz, darunter die in unseren Fallstudien im Fokus stehenden Dienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte. Die formulierten Standards betreffen Anforderungen zur Erbringung der Leistung, die Qualifikation von Einsatz- und Führungskräften sowie die Ausrüstung. Auch sind Kriterien für spezifische Schulungen und Trainings enthalten. Mit der Veröffentlichung des dritten Normteils im November 2017 ist erstmals auch die *Zertifizierung* von Wach- und Sicherheitsdienstleistungen ermöglicht worden (BDSW 2017b). Dieser Teil wendet sich schließlich an Zertifizierungsstellen (z. B. DEKRA oder VdS), indem er die Grundlagen und Anforderungen des Verfahrens offenlegt.

Ebenfalls läutete die Jahrtausendwende den Beginn einer verbandsseitig vorangetriebenen „Qualifizierungsoffensive“ (Hirschmann 2016, S. 158) in Bezug auf die Beschäftigten im Wach- und Sicherheitsgewerbe ein. Die zuvor sehr niedrigschwellige Zugangsvoraussetzung „Unterrichtungsverfahren“ (§ 34a GewO),[24] in der Branche auch als „Sitzschein“ bekannt, ist im Jahr 2003 nach Neufassung der Bewachungsverordnung immerhin um eine anschließende Sachkundeprüfung (IHK) für ausgewählte, als sensibel geltende Sicherheitskontrolltätigkeiten im öffentlichen Raum erweitert worden (BDSW 2017a). Zeitgleich wurde mit der Fortbildung zum ‚Geprüften Meister für Schutz und Sicherheit‘ (IHK) erstmals eine Aufstiegsqualifizierung eingeführt. Als wichtiger „Meilenstein“ und „Ausdruck der Professionalisierung des Sicherheitsgewerbes“ (ebda.) gilt jedoch die Institutionalisierung der dualen Berufsausbildung in der Branche, die mit der ‚Fachkraft für Schutz und Sicherheit‘ (dreijährig) im Jahr 2002 und der ‚Servicekraft für Schutz und Sicherheit‘ (zweijährig) im Jahr 2008 erreicht wurde. Für (in der Regel ältere) Seiteneinsteiger*innen ist im Jahr 2006 zugleich die Fortbildung bzw. Umschulung zur ‚Geprüften Schutz- und Sicherheitskraft‘ entwickelt worden.[25] Zuletzt wurde mit verschiedenen Studiengängen im Bereich Sicherheitsmanagement eine Akademisierung der gewerblichen Sicherheit vorangebracht (BDSW 2017a, 2018c).

Das Thema Aus- und Weiterbildung ist dem BDSW nach öffentlicher Darstellung in einer Reihe von Pressemitteilungen und Broschüren ein zentrales Anliegen, um den steigenden Ansprüchen an Sicherheitsdienstleistungen sowie

---

[24] Künftige Sicherheitsbeschäftigte müssen demnach lediglich eine Anwesenheitsveranstaltung ohne Abschlussprüfung im Umfang von 40 Unterrichtseinheiten (5–7-tägiger Lehrgang bei der örtlichen IHK) absolvieren, um ihre Tätigkeit ausüben zu können. Den Teilnehmenden werden u. a. zentrale Rechtsgrundlagen sowie Verhaltensregeln zum „Umgang mit Menschen“ vermittelt (Hirschmann 2016, S. 156).

[25] Diese umfasst 200 bis 240 Unterrichtsstunden und stellt nach Ansicht des BDSW „die anzustrebende Mindestqualifizierung“ dar (BDSW 2018c).

dem in der Branche spürbaren Fachkräftemangel Rechnung zu tragen. Der dreijährige Ausbildungsberuf sei „ein Instrument, um geeignetes Personal für immer schwieriger und komplexer werdende Sicherheitsaufgaben zu gewinnen" (BDSW 2017a). Ein interner ‚Fachausschuss Ausbildung', als „einer der größten und aktivsten innerhalb des BDSW" arbeitet daran, „die Qualität in der Ausbildungspraxis zu verbessern und die Qualifizierungsstruktur bei Unternehmen und Kunden bekannt zu machen".[26] Beispielhaft ist der seit 2010 verliehene Ausbildungspreis an Verbandsunternehmen, die sich durch eine gute Praxis hervorheben. Nicht zuletzt führte der BDSW im Jahr 2009 ein auf die Ausbildung bezogenes Zertifizierungssystem ein und tritt seither als Zertifizierungsstelle für Sicherheitsfachschulen auf, die hinsichtlich ihres Portfolios, ihrer Ressourcen, ihrer vermittelten Schulungsinhalte und Didaktik überprüft werden und nach erfolgreichem Audit das entsprechende Siegel der „BDSW-zertifizierten Sicherheitsfachschule" erhalten (BDSW 2018c) – aktuell sind es 14 Bildungsträger.[27]

Auch wenn es nicht unmittelbar gegen eine Professionalisierung der Branche oder zumindest entsprechend glaubhaft vertretener ‚claims' des Verbandes spricht (Hirschmann 2016, S. 173), schlagen sich die Qualifizierungsbemühungen des BDSW bislang doch nur zögerlich in den Ausbildungszahlen (vor allem in Bezug auf die ‚Servicekraft') nieder.[28] Zugleich besteht seit Einführung der Ausbildungsberufe eine hohe Zahl nicht bestandener Prüfungen, die nicht in erster Linie durch ein mangelndes Qualifikationsniveau der Auszubildenden, sondern schlechte betriebliche Rahmenbedingungen begründet ist (ebda., S. 174 f.).[29] Mit einer Vertragslösungsquote von ca. 46 % (2018) zählt die ‚Fachkraft für Schutz und Sicherheit' außerdem bundesweit zu den Ausbildungsberufen mit dem höchsten Anteil an Abbrecher*innen (BIBB 2020, S. 150). Wie Hirschmann (2016, S. 223, 236 f.) darlegt, bildet sich hinter diesen Entwicklungen das noch geringe Interesse der Nachfrageseite (u. a. durch die öffentliche Hand und ihre vertraglich

[26] https://www.bdsw.de/der-bdsw/der-verband/fachausschuesse-arbeitskreise

[27] https://www.bdswschulen.de/schulen/vom-bdsw-zertifizierte-sicherheitsfachschulen

[28] Mit wenigen Ausnahmen stagniert die Zahl neu abgeschlossener Ausbildungsverträge seit 10 Jahren und liegt im Mittel der letzten 5 Jahre bei ca. 1300 (2019: 1330, davon 14–19 % für die ‚Servicekraft') (BDSW 2021, S. 28). Nach offiziellen Angaben werden in der Branche insgesamt 3500 „junge Menschen" in beiden Ausbildungsberufen qualifiziert (BDSW 2021, S. 40), was einer Ausbildungsquote von gerade einmal 1,3 % (bezogen auf ca. 260.000 Beschäftigte im Juni 2020) entspricht (ebda., S. 15).

[29] Im Jahr 2013 lag die entsprechende Quote bei ca. 38 % (‚Servicekraft') bzw. 22 % (‚Fachkraft') (Hirschmann 2016, S. 174; Hildebrandt 2012).

fixierten Leistungsanforderungen) an qualifiziertem Personal fernab der ‚Unterrichtung' bzw. ‚Sachkunde' ab: Entweder sei das Ausbildungssystem den Kunden nicht bekannt oder es erschließe sich ihnen nicht der Mehrwert für die Erbringung der Dienstleistung. Mit unseren Befunden muss ergänzt werden, dass auch umgekehrt das Wissen um den Fachkräftemangel zu kundenseitig teils geringeren Anforderungen an das Personal führt (s. Abschn. 7.3.1 und 8.2.2.2).

Eng verknüpft mit der Qualifizierungsoffensive des BDSW ist die grundsätzliche Forderung der Branche nach mehr staatlicher Regulierung – ein „striving for jurisdiction" (Hirschmann 2017). Wie Verbandspräsident Lehnert im Jahr 2018 selbst feststellt, sei die Sicherheitsbranche eine der wenigen Branchen, die von staatlicher Seite strengere Marktzugangsregelungen einfordern: „Das ist außergewöhnlich, aber notwendig, um die Qualität in der Branche zu verbessern" (BDSW 2018b). Im Rahmen politischer Lobbyarbeit und zahlreicher öffentlicher Stellungnahmen (u. a. BDSW 2016a) rund um die angetriebenen Gesetzesänderungen der seit 1927 bestehenden Gewerbeordnung (§ 34a GewO, 2018 zuletzt geändert) und der ‚Verordnung über das Bewachungsgewerbe' (BewachV, 2019 novelliert) setzt sich der BDSW für den Ausbau und die Verschärfung der rechtlichen Grundlagen zum Zutritt für Unternehmer und Beschäftigte in den Sicherheitsdienstleistungsmarkt ein. Im Zuge der letzten Novellierungen ist etwa der Sachkundenachweis für Unternehmensgründer*innen sowie leitendes Personal verpflichtend eingeführt worden, zumindest bezogen auf den Schutz von Flüchtlingsunterkünften und zugangsgeschützte Großveranstaltungen.[30] Auch sind die Bedingungen für die Zuverlässigkeitsüberprüfungen verschärft und die Einführung eines zentralen Bewacherregisters zum Juni 2019 beschlossen worden, mit dem Prüfbehörden einen erleichterten Zugriff auf die Daten von Unternehmen und ihren Mitarbeiter*innen haben. Kommunale Ordnungsämter sollten die Grundlage für die Datenerfassung schaffen, um mehr Transparenz, vereinfachte Erlaubnisverfahren und schnellere Zuverlässigkeitsüberprüfung zu ermöglichen. Dieses Vorhaben hat sich dem Verband zufolge durch Verzögerungen in den Verwaltungen jedoch als „Dauerbaustelle" entwickelt und zum Teil dazu geführt, dass sich die Überprüfungszeiten der Beschäftigten auf mehr als vier Wochen verlängert haben. Dies sei insofern schwierig für die Unternehmen, weil sie erst mit der behördlichen Zusage ihr Personal für den Auftrag beim Kunden einsetzen dürfen (BDSW 2020a).

---

[30] In anderen als sensibel eingestuften Bereichen, wie Kontrollgänge im öffentlichen Verkehrsraum, Schutz vor Ladendieben und Bewachung im Einlassbereich von Discotheken ist der Sachkundenachweis auch für Beschäftigte ohne Leitungsaufgaben verbindliche Mindestanforderung.

Spätestens seitdem das Wach- und Sicherheitsgewerbe auf der Innenministerkonferenz im Jahr 2009 erstmals offiziell als „wichtiger Bestandteil der Sicherheitsarchitektur“ in Deutschland bezeichnet worden ist (Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder 2009, S. 25), konzentriert sich das „striving for jurisdiction“ des BDSW auf ein eigenständiges „Sektorengesetz“ (BDSW 2018b), begleitet von der wiederholten Forderung nach einer fachlichen Anbindung an das Bundesinnenministerium (BMI), wie es auch in den meisten anderen europäischen Ländern der Fall ist (BDSW 2019). Im Juli 2020 ist der Ressortwechsel vom Wirtschafts- zum Innenministerium schließlich vollzogen worden; in einer Pressemitteilung des BMI wurde damit auch das Ziel verbunden „gemeinsam an höheren Sicherheitsstandards für das Sicherheitsgewerbe“ zu arbeiten. (BMI 2020). In diesem Sinne appellierte der BDSW zuletzt an die Bundesregierung, das immerhin im Koalitionsvertrag der Bundesregierung vom 12. März 2018 geplante „Sicherheitsdienstleistungsgesetz“ noch in der laufenden Legislaturperiode umzusetzen (BDSW 2020c). Als Eckpunkte für ein solches Sicherheitsdienstleistungsgesetz fordert der BDSW unter anderem verbindliche rechtliche Vorgaben zur Qualifikation, Schulung und Weiterbildung aller Sicherheits- und Führungskräfte in ausgewählten Einsatzbereichen mit erhöhten Sicherheitsbedarfen (u. a. Flüchtlingsunterkünfte, Wertdienste) (BDSW 2019).

6.3.1.2 Kundenorientierte Professionalisierungsstrategien – Der Blick „nach außen“

Während die zuvor dargestellten Professionalisierungsbemühungen des Branchenverbandes BDSW sich in erster Linie – wenn auch immer mit Blick auf die Kundenseite – auf ‚das Innere‘ des Sicherheitsdienstleistungsmarktes richten und damit Ziele der Systematisierung, Standardisierung und Regulierung verfolgen, geht es im Folgenden um diejenigen Strategien mit engerem Bezug zur Nachfrageseite, insbesondere der öffentlichen Auftragsvergabe. Der BDSW bemüht sich hier auf verschiedenen Wegen, die von ihm (mit)entwickelten fachlichen Standards und Empfehlungen in der Vergabepraxis öffentlicher Auftraggeber zu verankern. Diese werden für das angeschlagene Branchen-Image, schlechte Arbeitsbedingungen und qualitative Sicherheitsmängel (mit) mitverantwortlich gemacht werden und als notwendige Partner bei der Professionalisierung der Branche adressiert, wie das folgende Zitat veranschaulicht:

> „Gerade öffentliche Aufträge werden in der Regel an den billigsten Anbieter vergeben, ohne dass Qualitätskriterien ansatzweise Berücksichtigung finden. Aufgrund europarechtlicher Vorgaben kann in einer öffentlichen Ausschreibung in der Regel

> nicht einmal die Einhaltung eines bestimmten Tarifvertrages zur Bedingung einer Auftragsvergabe erhoben werden. Diese Zustände schaden nicht nur dem Ansehen der Sicherheitswirtschaft in der Öffentlichkeit; sie fördern eine Verbreitung sozial missbilligenswerter Arbeitsbedingungen und führen insbesondere zu nicht hinnehmbaren Sicherheitslücken." (BDSW 2019)

Mit der DIN-Norm wurden wie oben erwähnt unter Beteiligung des BDSW bereits im Jahr 2002 nicht nur Standards entwickelt, an denen sich die Branche selber orientieren sollte, sondern sie gilt explizit auch als Norm, die zur Bewertung von Angeboten im Rahmen privater und öffentlicher Auftraggeber herangezogen werden kann und soll.

Auf europäischer Ebene haben die Sozialpartner der Branche, CoESS (Confederation of European Security Services) und UNI-Europa, bereits im Jahr 1999 mit Unterstützung der EU-Kommission ein Handbuch „Qualitätsvolle private Sicherheitsdienstleistungen beschaffen" entwickelt, das zuletzt im Jahr 2014 auf Grundlage der Vergaberichtlinie 2014/24/EU überarbeitet und in 14 Sprachen übersetzt worden ist (CoESS und Uni Europa 2014, S. 4). Anliegen des auch als „Bestbieter-Handbuch" bekannten Kataloges ist es, „dem Auftraggeber die nötigen Argumente an die Hand zu geben, warum private Sicherheitsdienstleistungen nach dem ‚besten Wert' beurteilt werden sollten, wozu auch die für diesen Sektor relevanten sozialen Kriterien gehören". Es zeige, „wie wichtig es ist, den Bestbieter (…) zu definieren, zu erkennen, zu suchen und auszuwählen" (ebda.).

Im Kern behandelt das Handbuch einen Leitfaden mit „Ge- und Verboten"[31] bei der Beauftragung privater Sicherheitsdienste sowie die Festlegung von Qualitätskriterien[32] für Anbieter, Personal, Tätigkeiten, Management und Infrastruktur. Darin eingelassen sind zahlreiche Kriterien, die sich auf die Qualifikation des Personals, wie auch die Beschäftigungsbedingungen beziehen. In Bezug auf die Anbieter werden etwa eine Reihe von Fragen zu den Aspekten „Erfahrung und Erfolgsbilanz" (u. a. Dienstleistungsspektrum, Referenzen sowie „Erfolgsbilanz

---

[31] Genannte Beispiele für Gebote sind Audits vor, während und nach der Vertragserfüllung (CoESS und Uni Europa 2014, S. 20). Als Verbote werden die Akzeptanz „unnormal niedriger" Angebote sowie die Vereinbarung von Festpreisen für die gesamte Vertragslaufzeit genannt (ebda., S. 22).

[32] Von Vertreter*innen und Experten der Branche und zum Teil öffentlichen Auftraggebern wird kritisiert, dass das Handbuch allerdings keine Differenzierung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien vornimmt und die ausführliche Listung von Qualitätskriterien daher nur begrenzt hilfreich für das Beschaffungspersonal ist. Zudem seien die an sich progressiven Anforderungen teils nicht mit dem Vergaberecht vereinbar, weil sie sich etwa nicht auf den konkreten Auftrag, sondern das gesamte Unternehmen beziehen (u. a. Interview mit Unternehmensberatung Sicherheit; Vergabestelle A-BURG).

bei Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz“) sowie „Ethik, Unternehmensphilosophie und Verhaltenskodex“ (u. a. „internes Konformitäts- und Qualitätsprogramm“) angeführt (ebda., S. 47). Für das Sicherheitspersonal konzentrieren sich die vorgeschlagenen Kriterien (wieder in Form zahlreicher Fragen) auf die Punkte „Einstellung und Überprüfung“ (u. a. „soziale Erwägungen“), „Kenntnisse und Fähigkeiten“ (u. a. Aus- und Weiterbildungsangebote), „Erfahrung“ sowie auch „Beschäftigungsbedingungen“ (Nachweise bzgl. der Einhaltung von Tarifverträgen und sozial- sowie arbeitsrechtlicher Vorschriften). Das Handbuch schließt mit einem detaillierten Beispiel für die Angebotsbeurteilung (v. a. in Bezug auf die Gewichtung spezifischer Qualitätskriterien) und einem „benutzerfreundlichen Online-Tool“ zur Bewertung von Angeboten. Hierbei wird nach dem vorgeschlagenen „Bestbieterprinzip“ eine Gewichtung zwischen Qualität und Preis im Verhältnis 60 zu 40 empfohlen (ebda., S. 53 ff.). Das Handbuch findet regelmäßig Erwähnung im Rahmen der Beratungstätigkeit des BDSW, die sich nicht nur an die eigenen Mitglieder, sondern auch an Auftraggeber richtet (s. Abschn. 9.2.2.2).

In Reaktion auf die steigende Nachfrage nach Sicherheitsdienstleistungen zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften – und vielmehr noch: die sich häufenden qualitativen Missstände bei eingesetzten Sicherheitsdiensten (u. a. Böcking 2014; Faigle 2014) – hat der BDSW ab 2014 sukzessive spezifische Positionen für dieses Marktsegment entwickelt und sich damit öffentlich mit Beratungsangeboten an die Einkäufer entsprechender Dienstleistungen gewendet. Nachdem die nordrhein-westfälische Landesregierung zunächst mit einem überhastet entstandenen „8-Punkte-Plan“ (Bezirksregierung Arnsberg 2014) bezüglich neuer Sicherheitsstandards in Flüchtlingsunterkünften an die Öffentlichkeit getreten war,[33] bot der Branchenverband seine Expertise an und veröffentlichte ein eigenes „12-Punkte-Programm“ (BDSW 2014). Diese Punkte sind kurz darauf in einem mehrseitigen „Positionspapier zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften“ (BDSW 2016b) ausgearbeitet und erweitert worden, das auf die Zusammenarbeit in einem eigens eingerichteten internen Fachausschuss ab Juli 2015 zurückgeht (s. Abschn. 9.2.2.2). Das Papier plädiert in einem ersten Schritt für die Erstellung eines objektspezifischen Sicherheitskonzeptes inklusive Gefährdungsbeurteilung im Vorfeld der Dienstleistungserbringung. Im Anschluss werden eine

[33] Zentrale Punkte, die zudem vergaberechtlich heikel und teils eine mangelnde Kenntnis über bestehende Branchenstandards widerspiegeln, sind etwa der Ausschluss von Subunternehmen und das Erfordernis von Sicherheitsüberprüfungen sowie polizeilichem Führungszeugnis vor Aufnahme der Tätigkeit. Die Standards sind in den durch das Land betriebenen Unterkünften verbindlich umzusetzen, für Kommunen fakultativ.

Reihe von Forderungen vorgestellt, die sich u. a. auf die Qualifikation des Personals, Schutzmaßnahmen zur Eigensicherung (4-Augen-Prinzip durch 2 anwesende Sicherheitskräfte), den Personalschlüssel, den (zu verbietenden) Einsatz von Subunternehmen, aber auch die Entlohnung (Orientierung an einschlägigen Tariflöhnen[34]) beziehen. Im Anhang seines Positionspapiers führt der Verband eine Empfehlung zur weitergehenden Qualifizierung von Sicherheitsbeschäftigten in Flüchtlingsunterkünften aus und stellt ein „Bi-Modulares Qualifizierungssystem" vor, welches aus einer Basis-Schulung (49 Unterrichtseinheiten, u. a. Grundlagen interkultureller Kompetenz, Deeskalation, Ersthelfer und Brandschutz) und einer für Führungskräfte erweiterten Schulung (73 Unterrichtseinheiten) besteht (ebda., S. 7).

Inzwischen findet sich auf der Homepage des BDSW eine Broschüre, die sich deutlich an Auftraggeber wendet und für die eigenen Verbandsunternehmen wirbt: „Sicherheitsdienstleister des BDSW – IHRE PARTNER beim Schutz von Flüchtlingsunterkünften" (BDSW o. J.). Die Broschüre greift wesentliche Positionen des vorab beschriebenen Papiers auf und zeigt ergänzend das Aufgabenspektrum von Sicherheitsbeschäftigten in Flüchtlingsunterkünften auf: Vom Objektschutz über Zugangs-/Zufahrtskontrolle, die Überwachung und Auswertung von Alarm- und Kontrollsystem über Kontrollgänge und die Unterstützung bei Taschengeldauszahlen und Essensausgaben sind 12 verschiedene Teilaufgaben von Sicherdiensten gelistet. In sehr enger Anlehnung an das ‚Bestbieter-Handbuch' wird zudem eine Reihe von Empfehlungen bei der Festlegung der Gewichtung Qualität vs. Preis (60:40), der Gewichtung verschiedener Kategorien und schließlich der Angebotsbewertung aufzeigt.

Dass im Sicherheitsdienstleistungsgewerbe auch künftig auf ‚nach außen' gerichtete Professionalisierungsstrategien gesetzt werden wird, verdeutlicht ein im Jahr 2020 veröffentlichtes White Paper des europäischen Branchenverbandes CoESS (2020). Darin werden in erster Linie künftige Herausforderungen der Branche (u. a. Bewältigung des demografischen Wandels, Gewinnung und Bindung neuer Fachkräfte) aufgezeigt und entsprechende Handlungsempfehlungen an die Branchenverbände auf nationaler Ebene gerichtet. In diesem Zusammenhang wird auch die besondere Bedeutung von „Informations- und Aufklärungskampagnen für Kunden des öffentlichen und privaten Sektors" hervorgehoben, die weiterhin auf Basis des ‚Bestbieter-Handbuchs' sowie geltender Vergabevorschriften erfolgen soll (ebda., S. 21).

[34] Konkret fordert das Papier eine Orientierung an Tariflohn für Geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft bzw. Fachkraft für Schutz und Sicherheit – oder (sofern im TV geregelt) – am Tariflohn für Sicherheitsmitarbeiter*innen zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften.

Diese verschiedenen fachlichen Standards und Empfehlungen haben allerdings für sich genommen zunächst keinen verbindlichen Charakter, müssen also von den Vergabestellen nicht angewandt werden. Selbst wo Vergabestellen sie anwenden wollen, gibt es vergaberechtliche Hürden, sie per Bezugnahme in Ausschreibungsunterlagen und Verträgen verbindlich zu machen. Vor diesem Hintergrund hat der DIN-Verein selbst einen Praxisleitfaden in Auftrag gegeben, der häufige Verstöße und rechtssichere Lösungen in Umgang mit DIN-Normen aufführt (Busch et al. 2016). Besonders häufig wird dies mit Beispielen aus dem Bereich der Wach- und Sicherheitsdienstleistungen veranschaulicht.

- So ist die offenbar häufiger von Vergabestellen angewandte Praxis, als Eignungskriterium eine Zertifizierung der Bieter nach DIN 77200 zu verlangen, unzulässig, solange sie nicht mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig' versehen wird, da im Rahmen der (üblicherweise) EU-weiten Ausschreibungen gleichwertige Bescheinigungen aus anderen Mitgliedstaaten ebenfalls anerkannt werden müssen.
- Auch enthält bzw. enthielt die DIN 77200 zum Teil Anforderungen, die sich nicht auf die Ausführung eines konkreten Auftrags bezogen; eine solche Anforderungen ist gemäß des vergaberechtlich vorgeschriebenen ‚Bezugs zum Auftragsgegenstand' unzulässig. So enthielt die DIN-Norm in einer älteren Fassung (DIN 77200: 2008-05) die Anforderung, dass der Auftragnehmer „bei Angebotsabgabe seinen Offenlegungspflichten nachkommen und sicherstellen [muss], dass die Sicherheitsmitarbeiter mindestens gemäß den jeweils für den Erfüllungsort anzuwendenden Mantel-, Lohn- und Gehalts-Flächentarifverträgen zwischen Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft nach dem Günstigkeitsprinzip eingesetzt werden" (DIN 77200: 2008-05, S. 13). Diese indirekte – über eine Zertifizierung nach der DIN-Norm eingeforderte – Anforderung, dass die Bieter unabhängig vom konkreten Auftrag bestimmte nicht-allgemeinverbindliche Tariflöhne zu zahlen hätten, befand ein Urteil des OLG Düsseldorf im Jahr 2010 für unzulässig (Busch et al. 2016, S. 13). Der Passus wurde bei der Überarbeitung der DIN-Norm entsprechend gestrichen; seitdem enthält sie unter dem Abschnitt ‚Beschäftigungsbedingungen' lediglich die Anforderung, dass schriftliche Arbeitsverträge zu schließen seien.
- Auch die Forderung nach Mitgliedschaft in einem bestimmten Berufs- oder Arbeitgeberverband ist unzulässig, wie der Praxisleitfaden unterstreicht (ebda.). Tatsächlich hatte der BDSW zeitweise für die Verwendung der Verbandsmitgliedschaft im BDSW als Eignungskriterium geworben (Interview BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle, 4/2017). Dies ist zum Teil auch von

der Vergabepraxis so gehandhabt worden, von den Vergabekammern aber für unzulässig erklärt worden (VK Bund v.29.5.2008, VK 2–58/08).[35]

Diese vergaberechtlichen Schwierigkeiten in Bezug auf die informellen Normen dürften mit ein Grund dafür sein, dass der BDSW auch mit Bezug auf die Vergabeprozesse seine Strategien durch ein ‚striving for jurisdiction' ergänzt, das den fachlichen Standards zur verbindlichen Anwendung in Vergabeprozessen verhelfen soll. So adressiert der BDSW neben der Vergabepraxis selbst mit seinen Forderungen auch den Gesetzgeber. In einem entsprechenden Papier hat der Verband zuletzt zur Bundestagswahl 2017 (BDSW 2017c) die nächste Bundesregierung dazu aufgefordert, Korrekturen bzw. Ergänzungen in den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen. Darin fordert der BDSW etwa die „zwingende Berücksichtigung von Qualitätskriterien und der DIN- Zertifizierung" oder auch eine „Änderung der Kannvorschrift zur Ablehnung des Zuschlags von ungewöhnlich niedrigen Angeboten in eine Mussvorschrift" (ebda., S. 11). Auch in seinem Positionspapier zu einem eigenen Sicherheitsdienstleistungsgesetz hat der BDSW zudem gefordert, bei besonders sensiblen Einsatzbereichen (u. a. Flüchtlingsunterkünfte) Regelungen zu schaffen, „nach denen eine angemessene Gewichtung von Qualität und Preis, beispielsweise im Verhältnis 60 zu 40 %, zu erfolgen hat" (BDSW 2019).

6.3.2 Professionalisierung durch Verordnungen und Verbraucherschutzverbände: Der Fall Schulverpflegung

Im Bereich der Schulverpflegung spielen die Verbände der Sozialpartner eine geringere Rolle. Zwar haben der europäische Dachverband der Arbeitgeber (FoodServiceEuropa; zuvor: FERCO) und der Gewerkschaftsverband EFFAT (European Federation of Food, Agriculture and Tourism Trade Unions) erstmals im Jahr 2006 dem Beispiel von anderen Branchen folgend gemeinsam einen „Leitfaden zum wirtschaftlich günstigsten Angebot in der Gemeinschaftsverpflegung" (EFFAT und FERCO 2006) veröffentlicht. Er wurde im Jahr 2019

[35] Dass das Label ‚BDSW' dennoch wirkt, belegt nach Einschätzung des BDSW-Bundesverbandes im Interview allerdings das größere Interesse von Subunternehmen an einer Mitgliedschaft im BDSW, „weil sie damit natürlich in der Bewertung- auch wenn es nicht objektiv in die Bewertungsgrundlagen einfließen darf, vergaberechtlich betrachtet (…), dennoch für die Entscheider von Bedeutung ist, dass man da Mitglied in dem Fachverband ist, Mitglied in dem berufsständigen Verband, der für gewisse Kriterien steht." (Interview BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle, 4/2017).

auf Grundlage der Vergaberichtlinie 2014/24/EU überarbeitet und in 9 Sprachen übersetzt (FoodServicesEuropa und EFFAT 2019). Inhaltlich ist dieser Leitfaden ähnlich umfassend wie das europäische Handbuch der Sozialpartner für die Sicherheitsdienstleistungen: Als „zu berücksichtigende Qualitätskriterien" werden hier sowohl Aspekte aufgeführt, die sich auf die Qualität der Lebensmittel und der Zubereitungsprozesse beziehen, als auch auf die Qualifikation des Personals und seiner Arbeitsbedingungen. Anders als im Falle des Sicherheitsgewerbes fehlt allerdings in Deutschland ein Arbeitgeber- oder Berufsverband, der an der Verbreitung und Umsetzung dieser Empfehlungen und Handlungshilfen mitwirkt.

Innerhalb des Arbeitgeberverbandes DEHOGA gibt es zwar zwei Fachabteilungen (‚Catering' und ‚Gemeinschaftsverpflegung'), die sich als Sprachrohr für die Unternehmen der beiden (überlappenden) Segmente gegenüber der Öffentlichkeit und Politik versteht. Das Segment Kita- und Schulverpflegung macht aber nur einen kleinen Teil des Umsatzes von Cateringunternehmen aus (DEHOGA 2017), zumal unter den Mitgliedern der DEHOGA; der Schwerpunkt liegt dort überwiegend auf der Betriebsgastronomie. Eigene Leitfäden zur Qualität des Essens in der Kita- und Schulverpflegung oder zur qualitätsvollen Auftragsvergabe lassen sich daher nicht finden; ebenso wenig eine Bezugnahme auf den Leitfaden der europäischen Sozialpartner-Organisationen.

Möglicherweise liegt die Zurückhaltung hier allerdings auch darin begründe, dass im Gegenzug zahlreiche andere staatliche und halbstaatliche Organisationen die Verbesserung der Qualität der Essensverpflegung in Schulen und Kindergärten zum Ziel haben. Das sind unter anderem Ministerien; spezialisierte ‚Kompetenzzentren' für die Gemeinschaftsverpflegung (u. a. KERN 2019); allen voran aber die Vernetzungsstellen Schulverpflegung (VNS) sowie die Deutsche Gesellschaft für Ernährung e. V. (DGE). Grundlegende Impulse in Form von Fördermaßnahmen und Vernetzungsaktivitäten gingen dabei von der Initiative „IN FORM – Deutschlands Initiative für gesunde Ernährung und mehr Bewegung" (https://www.in-form.de/) aus, die 2008 als ‚Nationaler Aktionsplan' unter Federführung des Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) und des Bundesministerium für Gesundheit (BMG) ins Leben gerufen wurde. So sind die Vernetzungsstellen Schulverpflegung (VNS)[36] vom BMEL zusammen mit den Bundesländern als eine Initialmaßnahme des Nationalen Aktionsplans eingerichtet worden. Sie beraten und unterstützen Schulen beim Aufbau und Weiterentwicklung der Mittagsverpflegung im Interesse einer gesunden Ernährung der Schülerinnen und Schüler und lassen sich insofern als staatlich finanzierte, schulspezifische Verbraucherschutz-Organisationen bezeichnen. Vorläufer dieser

[36] zum Teil auch: Vernetzungsstellen Schul- und Kitaverpflegung' (VNKS).

Einrichtungen war die Vernetzungsstelle in Berlin, die ihrerseits aus einer Elterninitiative hervorgegangen ist. Die Koordination der mittlerweile insgesamt 16 Vernetzungsstellen übernahm das im Jahr 2017 vom BMEL eingerichtete Nationale Qualitätszentrum für Kita- und Schulverpflegung (NQZ) in Berlin, das „bestehende Maßnahmen und Initiativen rund um gutes Schul- und Kitaessen koordinieren, Qualitätsstandards und Konzepte zu Qualitätsnachweisen bei Caterern weiterentwickeln sowie relevante Zielgruppen für hochwertige Ernährung und den Stellenwert der Ernährungsbildung sensibilisieren“ soll (BMEL 2016, zitiert nach Kuttenkeuler 2018, S. 48).

Die verschiedenen Organisationen haben mittlerweile eine Vielzahl von Leitfäden veröffentlicht, die sich zum Teil ausschließlich auf die Qualität der Schulverpflegung beziehen, zum Teil auch auf die Vergabeprozesse.[37] Als wichtigster Standard, auf den sich auch die Leitfäden vielfach beziehen, hat sich der DGE-Qualitätsstandard etabliert. Die DGE ist eine bereits 1953 gegründete wissenschaftliche Fachgesellschaft, die zu 70 % aus öffentlichen Mitteln von Bund und Ländern finanziert wird. Neben der ernährungswissenschaftlichen Forschung ist auch die Ernährungsberatung Organisationsziel. Zentral für die Schulverpflegung sind dabei die von ihr entwickelten ‚Qualitätsstandards für die Schulverpflegung‘, die sie im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) erstellt hat, und die aktuell in der 5. Auflage vorliegen (DGE 2020). Er formuliert Anforderungen in Bezug auf die Zusammensetzung der eingesetzten Lebensmittel, Zubereitungsweisen, Hygienemanagement, Umgang mit Allergenen, oder die Gestaltung von Essensräumen und Essenszeiten. Dieser Standard hat formal nicht den Charakter einer DIN-Norm, faktisch nehmen jedoch nach unserer eigenen Auswertung von Ausschreibungsunterlagen (s. Anhang A-5) sehr viele Ausschreibungen Bezug auf diesen Standard. Darüber hinaus hat die DGE auch ein Zertifikat entwickelt („Schule + Essen = Note 1“), mit dem Schulen dokumentieren können, dass ihr Verpflegungskonzept die Anforderungen des DGE-Qualitätsstandards erfüllt.[38]

Steigende Anforderungen an die Qualität der Dienstleistungen in der Schulverpflegung resultieren darüber hinaus auch aus dem Lebensmittelrecht und hygienerechtliche Vorschriften, die ebenfalls stark durch europäische Vorgaben geprägt ist (Hönig 2016; DGE 2020, S. 69 ff.). Das europäische Lebensmittelrecht

---

[37] Eine Übersicht über die Vielfalt an Handlungshilfen bietet das NQZ auf seiner Webseite: https://www.nqz.de/service/arbeitshilfen/dort unter Medienart ‚Leitfaden und Handlungsempfehlungen‘.

[38] Neben diesem Zertifikat gibt es eine Reihe weiterer Zertifizierungskonzepte (für eine Übersicht Kuttenkeuler 2018, S. 61 ff.).

definiert auch die kommunalen Verwaltungen, also die Schulträger als ‚Lebensmittelunternehmen', sofern sie die Schulverpflegung selbst durchführen, und legt ihnen erhebliche Pflichten auf (Kuttenkeuler 2018, S. 38 ff.) – etwa zur Einführung eines betrieblichen Eigenkontrollsystems mit Dokumentationspflicht, das auf den ‚Hazard Analysis and Critical Control Points (HACCP)'-Grundsätzen beruht. Die einzelnen Schritte dieses mehrstufigen Eigenkontrollsystems gibt die einschlägige EU-Verordnung detailliert vor (Kuttenkeuler 2018, S. 43 ff.). Allein mit diesen gesetzlichen Bestimmungen dürfte für Schulträger ein erheblicher Anreiz vorliegen, die Schulverpflegung an externe Anbieter zu vergeben, die dann die Hauptverantwortung als ‚Lebensmittelunternehmen' tragen. Schließlich ergänzen mehrere Leitfäden der EU und DIN-Normen die gesetzlichen Bestimmungen zum Lebensmittel- und Hygienerecht.

Inhaltlich liegt der Fokus bei den genannten formellen und informellen Normen auf den Themen Lebensmittelsicherheit und gesunde Ernährung; darüber hinaus nimmt auch das Thema Nachhaltigkeit einigen Raum ein, worunter vor allem der Einsatz von ökologisch, regional und saisonal erzeugten Lebensmitteln sowie fair gehandelten Produkten, der Verzicht auf umweltschädliche Verpackungen, die Verringerung von Essensresten, und weitere Maßnahmen bei Einkauf und Zubereitung zur Verringerung von Treibhausgasemissionen verstanden werden (z. B. DGE 2020, S. 25 ff.). im Vergleich zum Bestbieter-Handbuch der europäischen Sozialpartner, oder auch zur DIN-Norm für die Sicherheitsdienstleistungen, spielen Qualifikation und Beschäftigungsbedingungen des Personals dabei eine geringe Rolle. Für Beschäftigte unterhalb der Leitungsebene wurde noch in der Auflage von 2014 in erster Linie auf eine verpflichtende Belehrung zum Infektionsschutzgesetz und Kurz-Schulung (1 Tag) zur Lebensmittelhygiene hingewiesen, sowie eine unspezifische Empfehlung für ‚Schulungs- und Qualifizierungsmaßnahmen' ausgesprochen (DGE 2014, S. 34). Mit der aktuellen 5. Auflage wird auch für die Küchen- und Ausgabekräfte unterhalb der Leitungsebene eine „einschlägige Berufsausbildung" empfohlen; alternativ eine Anlernung durch qualifizierte Beschäftigte. Explizit stellt der Leitfaden dabei auch erstmals eine Beziehung zwischen der Qualität der Mittagsverpflegung und der Qualifikation der Beschäftigten her: Deren „Fähigkeiten und Wissen" helfe eine „gleichbleibende Verpflegungsqualität zu sichern"; zudem trügen kommunikative Kompetenzen und ein freundliches Auftreten der Beschäftigten „maßgeblich zur Akzeptanz der Verpflegung bei den Schüler*innen bei" (DGE 2020, S. 20). Der neue Standard benennt dabei auch konkrete Themen für Schulungs- und Weiterbildungsangebote (etwa „Basiswissen Allergenmanagement"; oder „Kommunikation und Umgang mit Kindern und Jugendlichen unterschiedlicher Altersgruppen und Wahrnehmung dieser als Gäste" (ebda.)).

Zudem werden hier erstmals auch Arbeitsbedingungen thematisiert – eine ergonomische Arbeitsplatzgestaltung sowie „Wertschätzung" im Umgang mit den Beschäftigten, die die Motivation und Zufriedenheit der Beschäftigten stärken soll und auch in einer (nicht näher spezifizierten) „gerechten Vergütung" zum Ausdruck kommen soll (ebda., S. 21).

Mit der jüngsten Auflage bestimmt also auch der maßgebliche fachliche Standard in der Schulverpflegung zumindest im Grundsatz die Qualifikationen und Arbeitsbedingungen des Personals zum Baustein einer ‚guten' Dienstleistung – wenn auch mit deutlich geringerer Traglast als im Falle der Sicherheitsdienstleistungen. Dies unterstreicht erneut, dass die neuen fachlichen Standards für gute Dienstleistungen durchaus Anknüpfungspunkte für soziale, beschäftigtenbezogene Kriterien bieten; insbesondere im Bereich der Schulverpflegung bleiben sie aber bislang ‚entfernte Verwandte'.

6.4 Fazit: Das neue Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' – Türöffner für soziale Kriterien?

Die verschiedenen Ansätze zur Professionalisierung des öffentlichen Einkaufs und der beschafften Dienstleistungen selbst haben eine Reihe von ergänzenden Normen hervorgebracht, die parallel zur Gesetzesentwicklung einer einseitigen Ausrichtung der Auftragsvergabe an Sparsamkeit und Wettbewerbsprinzip entgegensteuern. Diese Bestrebungen haben unterschiedliche geistige Wurzeln (v. a. die Debatte um ökologische Nachhaltigkeit; New Public Management), dienen unterschiedlichen Interessen (von Produzenten und Konsumenten öffentlicher Dienstleistungen) und setzen unterschiedliche inhaltliche Akzente. **In der Summe zeichnen sich jedoch hier die Konturen eines neuen Leitbildes ab, das sich aus zwei Bausteinen zusammensetzt, nämlich aus den branchenspezifischen *Standards guter Dienstleistungen* und aus dem *Standard der strategischen Beschaffung*.** Zum einen formuliert es höhere Ansprüche an die beschafften Güter und Dienstleistungen, die über das Ziel einer bloßen Bedarfsdeckung hinausgehen – zugunsten der ‚Kunden' der öffentlichen Dienstleistungen (Standards guter Dienstleistungen) oder zugunsten übergreifender wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Ziele (‚sekundäre' Ziele). Als Mittel zu diesem Zweck werden zum zweiten die Beschaffungsprozesse selbst neujustiert (Standard der strategischen Beschaffung). Für dieses durchaus kohärente neue Leitbild schlagen wir den Ausdruck des Staates als ‚Guter Dienstleister' vor.

Insbesondere im Standard der strategischen Beschaffung schlägt sich in vergabespezifischer Weise die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors in Gestalt

einer Reorganisation des Verwaltungshandelns unter Rückgriff auf betriebswirtschaftliche Konzepte nieder. Auch hier gilt aber tendenziell, dass diese Binnenmodernisierung der Verwaltung im Ergebnis eher dem Modell des ‚Neo-Weberianischen Staates' (NWS) (Pollitt und Bouckaert 2011) entspricht, in dem traditionelle bürokratische Prozeduren weniger durch Marktmechanismen ersetzt werden, als durch eine konsultative und professionalisierte Variante hierarchischer Steuerung. Eine Pointe ist, dass sich diese Form der Ökonomisierung explizit auch als Gegenentwurf oder zumindest Korrektiv einer zu stark vermarktlichten Auftragsvergabe versteht – insofern ein unbeschränkter Preiswettbewerb nicht als kompatibel mit dem Ziel gilt, Güter und Dienstleistungen zu beschaffen, die den höheren Ansprüchen an Qualität und erweiterten gesellschaftlichen Nutzen genügen.

Damit wahrt das neue Leitbild eine gewisse Distanz zu den Kernzielen der verrechtlichten Vermarktlichung – oder, wenn man so will, zum Leitbild des Staates als ‚Hüter des Wettbewerbs', dessen Auftrag der Abbau nicht-tarifärer Handelshemmnisse sowie zunehmend auch der Schutz des Wettbewerbs als Institution ist (s. Kap. 3) **– und ordnet sie funktional unter, stellt sie also unter den Vorbehalt ihrer Kompatibilität mit seinen primären Zwecken, nämlich der effizienten Beschaffung ‚guter' Leistungen.** Auch zur Sozialpolitisierung – oder, wenn man so will, zum Leitbild des Staates als ‚Guter Auftraggeber', das die Gewährleistung fairer Arbeitsbedingungen bei den beauftragten Firmen zum Kernziel hat – wahrt das neue Leitbild eine gewisse Distanz, wenn auch auf andere Weise: **Im Grundsatz werden diese sozialen Ziele als Teil der Wertefamilie der strategischen Ziele eingemeindet, bleiben innerhalb dieser Wertefamilie jedoch am Rand und stehen damit eher in einer Art ‚entfernten Wahlverwandtschaft' zu den Kernnormen des neuen Leitbildes.** Das gilt insbesondere für den ersten Baustein, den Standard der ‚strategischen Beschaffung', welcher in erster Linie auf eine Befähigung der öffentlichen Auftraggeber zielt, aus dem breiten Kanon der ‚strategischen Ziele' die für sie passenden Ziele auszuwählen und anzuwenden, konkrete Unterstützung in Form von Handlungshilfen aber auf andere ‚strategische Ziele' konzentriert.

In jüngster Zeit haben sich jedoch die sozialen Ziele insgesamt, und darin wiederum auch die Arbeitsbedingungen, langsam vom absoluten Rand etwas in Richtung Bildmitte bewegt – etwa im neuen ‚Buying-Social'-Leitfaden der europäischen Kommission, oder, wenngleich nur sehr ansatzweise, im Standard der ‚guten' Schulverpflegung. Einen deutlich höheren Stellenwert nehmen Qualifikationen und Arbeitsbedingungen bereits seit längeren im Standard guter Dienstleistungen für das Wach- und Sicherheitsgewerbe ein, auch hier im

Sinne einer funktionalen Eingliederung – sie gelten als Voraussetzungen für die Produktion guter Dienstleistungsqualität.

Deutlich tritt bei diesen Prozessen zur Produktion informeller Normen der politische Charakter der Professionalisierung hervor. Das gilt zum einen für die daran beteiligten Akteure: Im Unterschied zu den klassischen Professionalisierungsprozessen sind nicht in erster Linie Berufsverbände die treibenden Kräfte hinter den Bestrebungen, fachliche Standards zu etablieren, sondern supranationale Behörden, weitere (halb-)staatliche und öffentlich finanzierte Akteure, sowie, vor allem im Falle der Sicherheitsdienstleistungen, auch die Verbände der Sozialpartner, insbesondere der Arbeitgeber.

Diese Akteure verfolgen durchaus Partikularinteressen, die von denen anderer Akteure abweichen. Die Europäischen Kommission etwa scheint mit ihrer Professionalisierungsstrategie zumindest ursprünglich auch das Ziel verfolgt zu haben, ihre eigene Position, die sie in den kontroversen Auseinandersetzungen rund um die europäische Vergaberechtsreform vertreten hat, nun auch über das Soft law an die Verwaltungspraxis heranzutragen und damit ihre Berücksichtigung sicherzustellen. Damit gibt die Kommission ihre bisherige Strategie zur Durchsetzung ihrer Richtlinien-Interpretation mithilfe rechtlicher Interventionen nicht auf, sondern *ergänzt* sie durch Überzeugungsarbeit. Zugleich entzieht sich die Dynamik bei der Produktion dieses Soft law der Kontrolle der Generaldirektion Binnenmarkt, zumal infolge der starken Politisierung des Themas rund um die Vergaberechtsreform nun auch im Nachgang zur Reform weitere Akteure dabei eingebunden werden (müssen), die das neue europäische Recht in Bezug auf die Berücksichtigung sozialer Kriterien expansiver ausdeuten. Auf diese Weise erhält im Soft law der EU auch die Verankerung von Tarifverträgen und anderen Lohnstandards etwas mehr Raum, obwohl sich im europäischen Vergaberecht durch die Reform dazu wenig geändert hat.

Damit entsprechen diese Prozesse zur Produktion des vergabespezifischen Soft law nur auf den ersten Blick den Entscheidungsprozessen vom Typ der de-politisierten ‚private interest governance', die den Kern jener ‚quiet politics' ausmachen, welche die größten Durchsetzungschancen für die Interessen mächtiger Lobbyisten aus der Wirtschaft bieten (Culpepper 2011). Zwar genießen diese Entscheidungsprozesse in der Tat wenig öffentliche Aufmerksamkeit über die Grenzen der fachlichen Gemeinde aus Expert*innen in Verwaltung, Wirtschaft und Zivilgesellschaft hinaus, die fachliche Gemeinde ist jedoch nicht homogen und geschlossen. Zudem verlaufen die Entscheidungsprozesse zum Teil durchaus nach vergleichsweise formellen konsultativen Verfahren – das gilt für den ‚Buying-Social'-Leitfaden der EU, aber auch für die DIN-Normen im Bereich Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen. Schließlich trifft zwar zu, dass

auf diesem Feld des Soft law auch die Akteure der Wirtschaft darum ringen, informelle Regeln zu etablieren, die mit ihren eigenen Interessen kompatibel sind und so den Erfolg des eigenen Geschäftsmodells sichern (Fligstein 1996). **Deutlich unterstreicht dieses Beispiel jedoch auch die Interessenheterogenität innerhalb ‚der' Wirtschaft, die, wie in der Einleitung zum Buch thematisiert, der De-Politisierung auch komplexer verteilungspolitischer Entscheidungen Grenzen setzt**. Während ein Teil der Wirtschaftsverbände, die rund um die europäische Vergaberechtsreform auf der Linie der Europäischen Kommission lagen (wie z. B. der BDI, s. Abschn. 4.2), sich auch bei dieser informellen Normproduktion durch die Europäische Kommission vertreten sehen dürfte, bringen andere Verbände hier aktiv ihre etwas anders gelagerten Vorstellungen zu einer Marktordnung ein, die teilweise zumindest den gemeinsamen Interessen von Arbeitgebern und Beschäftigten entsprechen.

Am deutlichsten kommen diese ‚klassenübergreifenden Koalitionen' zugunsten einer stärker (preis-)wettbewerbsbeschränkenden Auftragsvergabe in den gemeinsamen Stellungnahmen und ‚Bestbieter-Handbüchern' der europäischen Dachverbände der Sozialpartner in beiden betrachteten Branchen zum Ausdruck – auch wenn diese auf nationaler Ebene dann im Wesentlichen allein von den Arbeitgeberverbänden im Wach- und Sicherheitsgewerbe aufgegriffen und verbreitet werden. In wichtigen Punkten stoßen diese und weitere Strategien des Arbeitgeberverbands allerdings an die harten Grenzen des Vergaberechts. So scheitert etwa die Einführung einer impliziten Tariftreue über den Umweg einer Zertifizierungspflicht nach DIN-Normen, welche eine Verbandsmitgliedschaft im Arbeitgeberverband zur Voraussetzung erheben. Das Soft law kann insofern auch keine neuen rechtlichen Spielräume schaffen, sondern nur eine maximale Ausschöpfung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten unterstützen.

Die Differenzen zwischen den verschiedenen Standardisierungs- und Professionalisierungs-Strategien sollten aber auch nicht überzeichnet werden. Ihr Ergebnis ist ein vielfältiges Soft law, das weite Übereinstimmungsbereiche aufweist und gewissermaßen als kleinsten gemeinsamen Nenner das Leitbild des Staates als ‚Guter Dienstleister' besitzt. Konkret bedeutet dies, dass die Eindämmung von (Preis-)Wettbewerb zugunsten von Qualität und ‚strategischen' Ziele nicht nur als a) *legitim* gilt, sondern auch b) in der Praxis eine *aktive Unterstützung* durch eine breite Expertise-Infrastruktur rechtfertigt, und dass außerdem c) auch *soziale Ziele grundsätzlich als funktional,* also zweckmäßig für das übergreifende Ziel einer höheren Dienstleistungsqualität und/oder eines höheren gesellschaftlichen Nutzens der gekauften Produkte und Dienstleistungen zählen. Insofern lässt sich das neue Leitbild durchaus als ‚Türöffner' auch für soziale

Kriterien bezeichnen – um auf die im Titel des Kapitels angerissene Frage zu antworten; wenngleich der Türspalt gerade für die Arbeitsbedingungen noch deutlich dünner ist als für andere Kriterien.

Literatur

Arbeitsgemeinschaft der Eine Welt-Landesnetzwerke in Deutschland [AGL]; Christliche Initiative Romero [CIR] Werkstatt Ökonomie [WOEK]. (2021). *Sozialstandards und Menschenrechte in der öffentlichen Beschaffung. Synopse der vergaberechtlichen Regelungen der Bundesländer*. AGL-Dokumente Nr. 29. https://agl-einewelt.de/wp-content/uploads/2021/07/agl_Dokumente-29_Sozialstandards_Menschenrechte-_oeff_Beschaffung_Synopse_2021.pdf.

Badenhorst-Weiss, J.; Callender, G. & McGuire, J. (2011). Building the procurement profession: A comparative review. In K.V. Thai (Hrsg.), *Towards new horizons in public procurement* (S. 22-41). Boca Raton, Florida: PrAcademics Press.

Bezirksregierung Arnsberg. (2014). *Neue Sicherheitsstandards in allen Asylbewerberunterkünften des Landes vereinbart*. Arnsberg (Presse-Information 179/14, 1. 10. 2014).

Böcking, D. (2014). European Homecare. „Schlagkräftiges Team" für die Flüchtlingsbetreuung. Spiegel Online (29.9.2014). http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/burbach-fluechtlingsheimbetreiber-european-home-care-in-der-kritik-a-994441.html.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (o. J.). *Sicherheitsdienstleister des BDSW – IHRE PARTNER beim Schutz von Flüchtlingsunterkünften*. https://www.bdsw.de/images/broschueren/BDSW_Fluechtlinge_Broschuere.pdf.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2011). *Andreas Burgdorf Obmann im DIN-Arbeitsausschuss Wach- und Sicherheitsdienstleistungen.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 9. 11. 2011).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2014). *Sicherheitsstandards für Asylbewerberunterkünfte – BDSW bietet Unterstützung an und stellt 12-Punkte-Programm vor*. Bad Homburg (Pressemitteilung vom 6. 10. 2014).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2016a). *Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung bewachungsrechtlicher Vorschriften.* (7. März 2016a). Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2016b). *Positionspapier des BDSW zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften* (15.3.2016b). Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2017a). *15 Jahre Ausbildung in der Sicherheitswirtschaft*. Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2017b): *DIN e.V.: Gesicherte Qualität*. Bad Homburg (Pressemitteilung vom 20. 11. 2017).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2017c). *Deutschland sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken und Eigenvorsorge fördern. Positionen und Forderungen des BDSW zur Bundestagswahl 2017 und für 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages.* Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2018a). *Verhaltenskodex* (In der Fassung vom 17. 5. 2018). Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2018b). *Sicherheitswirtschaft begrüßt geplantes Sicherheitsgesetz der Bundesregierung.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 17. 5. 2018).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2018c). *Partner für Aus- und Weiterbildung.* Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2019). *Sicherheitsdienstleistungsgesetz (SDLG): Deutschland (noch) sicherer machen. ECKPUNKTE des BDSW zur Schaffung eines eigenständigen Gesetzes für private Sicherheitsunternehmen.* Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2020a). *Ein Jahr Bewacherregister – kein Grund zum Feiern!* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 29. 5. 2020).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2020b). *Aufnahmeantrag ordentliche Mitgliedschaft nach §34a GewO ab 1. Juni 2020.* Bad Homburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2020c). *Neues Sicherheitsdienstleistungsgesetz: Countdown für geplante Umsetzung noch in dieser Legislaturperiode.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 5.10.2020).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2021). Sicherheitswirtschaft in Deutschland. Bad Homburg.

Bundesinstitut für Berufsbildung [BIBB]. (2020). *Datenreport zum Berufsbildungsbericht 2020. Informationen und Analysen zur Entwicklung der beruflichen Bildung.* Bonn

Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft [BMEL]. (2016). *Gesunde Ernährung in Kindertagesstätten und Schulen – Bundesminister Schmidt eröffnet Nationales Qualitätszentrum für Ernährung in Kita und Schule.* Berlin (Pressemitteilung).

Bundesministerium des Inneren und für Heimat [BMI]. (2020). *BMI übernimmt die Zuständigkeit für das Bewachungsgewerbe.* Berlin (Pressemitteilung vom 18.6.2020).

Burgi, M. (2019). Die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern. VergabeR – Vergaberecht, (2a), 253–260.

Busch, C., Dörr, O. & Schulte-Nölke, H. (2016). *Verwendung von DIN-Normen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Ein DIN Praxisleitfaden.* Berlin: DIN e.V.

Confederation of European Security Services [CoESS]. (2020). *Das Sicherheitskontinuum in der Neuen Normalität* (White Paper. 6. Europäischer Sicherheitsgipfel, 10. 10. 2019 in Rom). Brüssel.

Confederation of European Security Services [CoESS] & UNI Europa. (2014). *Auftragsvergabe für qualitätsvolle private Sicherheitsdienstleistungen.* http://www.securebestvalue.org/.

Culpepper, P. D. (2011). *Quiet politics and business power. Corporate control in Europe and Japan.* Cambridge: Cambridge University Press.

Deutsche Gesellschaft für Ernährung [DGE]. (2014). *DGE-Qualitätsstandard für die Schulverpflegung* (4. Aufl.). Bonn.

Deutsche Gesellschaft für Ernährung [DGE]. (2020). *DGE-Qualitätsstandard für die Verpflegung in Schulen.* Bonn. https://in-form.de/fileadmin/Dokumente/Materialien/2020-dge-qualitaetsstandard-schule.pdf.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband [DEHOGA]. (2017). *Gemeinschaftsgastronomie in Deutschland*. Berlin. https://www.dehoga-bundesverband.de/fileadmin/Startseite/06_Presse/Publikationen/Broschuere_FAGG_2017.pdf.

Deutscher Städtetag [DST], Bundesministerium für Arbeit und Soziales [BMAS], Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Deutscher [BMZ].

(2009). Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht. Hinweise für die kommunale Praxis. Köln/Berlin/Bonn.
European Federation of Trade Unions in the Food, Agriculture, and Tourism sectors and allied branches [EFFAT] & European Federation of Contract Catering Organisations [FERCO]. (2006). *Guide on the economically most advantageous offer in Contract Catering*. Brüssel
European Federation of Trade Unions in the Food, Agriculture, and Tourism sectors and allied branches [EFFAT] & European Federation of Contract Catering Organisations [FERCO]. (2008). *EFFAT – FERCO contribution to the Guide on socially responsible public procurement* (SRPP). Brüssel
Eßig, M. (2018). Öffentliche Beschaffung. In H. Corsten, R. Gössinger & T. Spengler (Hrsg.), *Handbuch Produktions- und Logistikmanagement in Wertschöpfungsnetzwerken* (S. 437–501). Berlin: De Gruyter.
Eßig, M. & Batran, A. (2006). Konzeptionelle Grundlagen des Public Supply Chain Management. *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, 29(2), 117–146.
Eßig, M., Jungclaus, M., Scholzen, S., Vu Thi, T. H. (2013). Das Konzept der exzellenten öffentlichen Beschaffung. In M. Eßig & Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik (Hrsg.), *Exzellente öffentliche Beschaffung* (S. 9–39). Wiesbaden: Springer.
Europäische Kommission. (2011). *Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen.* Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. https://data.europa.eu/doi/10.2767/1748.
Europäische Kommission. (2016). *Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs: Commission Stakeholder Expert Group on Public Procurement.* Minutes of the meeting of 15 June 2016. Ref. Ares(2016)6518000 – 21/11/2016. Brüssel.
Europäische Kommission. (2017a). *Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa.* Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM(2017) 572 final vom 3.10.2017. Brüssel.
Europäische Kommission. (2017b). Empfehlung (EU) 2017/1805 der Kommission vom 3. Oktober 2017 zur Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe. Errichtung einer Architektur für die Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe. *Official Journal of the European Union* L259, 28-31.
Europäische Kommission. (2017c). Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU: *Errichtung einer Architektur für die Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe. Bibliothek bewährter Verfahren und Instrumente. Begleitdokument zur Empfehlung der Europäischen Kommission.* Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. https://data.europa.eu/doi/10.2873/56676.
Europäische Kommission (2019). *Buying for social impact. Good practice from around the EU*. Luxemburg: Amt für Europäische Veröffentlichungen. https://data.europa.eu/doi/10.2826/8319.
Europäische Kommission (2020a). *ProcurCompEU – Europäischer Kompetenzrahmen für Fachkräfte des öffentlichen Beschaffungswesens.* Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. https://data.europa.eu/doi/10.2873/856226.

Europäische Kommission. (2020b). *Study on professionalisation of public procurement in the EU and selected third countries*. Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. https://data.europa.eu/doi/10.2873/005620.

Europäische Kommission. (2020c). *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Cases*. Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. https://data.europa.eu/doi/10.2826/844552.

Europäische Kommission. (2021). Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe). Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.5.2021, C(2021) 3573 final. *Official Journal of the European Union* C 237, 1-69.

Faigle, P. (2014). Billige Bewacher. *Zeit Online*, 28.10.2014. https://www.zeit.de/wirtschaft/2014-10/fluechtlingsheime-sicherheitsfirmen.

Fligstein, N. (1996). Markets as Politics: A Political-Cultural Approach to Market Institutions. *American Sociological Review*, *61*(4), 656–673.

FoodServicesEurope; European Federation of Trade Unions in the Food, Agriculture, and Tourism sectors and allied branches [EFFAT]. (2019). *Choosing best value in contracting food services – A guide for private and public client organisations*. [Deutsche Fassung: *Entscheidung für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bei der Vergabe von Verpflegungsdienstleistungen. Ein Leitfaden für private und öffentliche Auftraggeber*.] https://contract-catering-guide.org/.

Hildebrandt, Martin (2012): Ausbildungssituation in der Sicherheitsdienstleistung aus Sicht der Betriebe. Fachtagung Arbeitsbedingungen und Arbeitszeit im Wach- und Sicherheitsgewerbe am 7. November 2011 in Rüsselsheim.

Hirschmann, N. (2016). *Sicherheit als professionelle Dienstleistung und Mythos. Eine soziologische Analyse der gewerblichen Sicherheit*. Wiesbaden: Springer VS.

Hirschmann, N. (2017). „Striving for Jurisdiction" – Der Wettbewerb um Zuständigkeiten im System der Sicherheit. In B. Frevel & M. Wendekamm (Hrsg.), *Sicherheitsproduktion zwischen Staat, Markt und Zivilgesellschaft* (S. 145–166). Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.

Hönig, J. (2016). Überblick über das Lebensmittelrecht. In V. Peinelt & J. Wetterau (Hrsg.), *Handbuch der Gemeinschaftsgastronomie. Band 2* (2., überarbeitete und erweiterte Auflage, S. 3–25). Berlin: Rhombos Verlag.

Knopf, J., Kahlenborn, W., Weiß, D., Pechan, A, Khuchua, N., Jacob, K., Bär, H., Grube, M. & Münch L. (2010). *Innovationspotentiale der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung*. Berlin: Umweltbundesamt

Kompetenzzentrum für Ernährung Bayern [KERN] (2019). Wegweiser: Vergabe von Verpflegungsleistungen. Qualitätsstandards verankern. Freising/Kulmbach.

Kunzlik, P. (2013a). Green Public Procurement--European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions. *Journal of Environmental Law*, *25*(2), 173–202.

Kunzlik, P. (2013b). From Suspect Practice to Market-Based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement. *Public Procurement Law Review*, *22*(3), 102–104.

Kuttenkeuler, M. (2018). Schulverpflegung. Ein Reader für das Modul Schulverpflegung. FH Münster. https://www.fh-muenster.de/oecotrophologie-facility-management/downloads/schulverpflegung.pdf.

Lohmann, B. & Werres, S. (2013). Strategien im Beschaffungswesen als Erfolgsfaktor innovativer Verwaltung. In M. Eßig, Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik (Hrsg.), *Exzellente öffentliche Beschaffung* (S. 69–80). Wiesbaden: Springer Fachmedien.
Mobifair. (2017). *Den Guten eine Chance – Leitfaden zur Vergabe von Verkehrsdienstleistungen.* http://www.mobifair.eu/wp-content/uploads/2017/04/170519-mf-Vergabeleitfaden_2017_web4.pdf.
Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]. (2015). *OECD Recommendation of the Council on Public Procurement.* Paris. http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf.
Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]. (2019). *Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum.* Paris: OECD Publishing
Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]. (2021). *Government at a Glance 2021.* Paris: OECD Publishing
Pollitt, C. & Bouckaert, G. (2011). *Public management reform. A comparative analysis; new public management, governance, and the neo-Weberian state* (3. Aufl.). Oxford: Oxford University Press.
Schuster, F., Holler, F., Dicks, C. & Müller, D. W. (2020). *Strategischer Einkauf im Blick. Die öffentliche Beschaffung auf dem Weg vom Bestellabwickler zum strategischen Einkäufer.* Gemeinsame Studie des Institutes für den öffentlichen Sektor e. V. und KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Berlin/Düsseldorf.
Semple, A. (2018). *Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making?* Doctoral Thesis. University of London, Birkbeck College.
Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (2009). Programm Innere Sicherheit. Fortschreibung 2008/2009. 188. Sitzung, 5. Juni 2009. Bremerhaven.
Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft [Ver.di]. (2013). *Ver.di-Fachbereich Postdienste, Speditionen und Logistik: Gebrauchsanweisung Soziale Vergabe. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der öffentlichen Ausschreibung von Briefdienstleistungen.* 2. aktualisierte Ausgabe. Berlin
Vereinte Nationen (2015). Sustainable Development Goals. New York. http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/.
Wenger, E. (1998). *Communities of practice. Learning, meaning, and identity.* Cambridge: Cambridge University Press.

7 Zielpluralismus, Zielkonflikte und berufliche Werthaltungen in der Vergabepraxis

Auf gesetzlicher Ebene wie auch im Soft law hat sich, wie gesehen, ein Wandel vollzogen, der die Vergabe nach dem niedrigsten Preis delegitimiert und stattdessen andere Prinzipien und Kriterien, einschließlich sozialer Kriterien, legalisiert und legitimiert hat. Dies ist allerdings noch nicht gleichbedeutend mit einem entsprechenden Wandel der Handlungsorientierungen in der Vergabepraxis. Sowohl die Ermessensspielräume, die der Gesetzgeber in Form der vielen Kann-Regelungen vorsieht, als auch die Pluralität von informellen Normen und Handlungsleitfäden, die Orientierung im Umgang mit den Ermessensspielräumen bieten, lassen erwarten, dass Kommunen und einzelne Vergabezuständige hier unterschiedliche Schwerpunkte setzen. Diese empirisch vorfindbaren Werthaltungen in der kommunalen Vergabepraxis beleuchtet dieses Kapitel nun näher. Neben der Frage nach dem Wandel von Werthaltungen geht es dabei in Anknüpfung an die Forschungsperspektive der ‚street-level bureaucracy' insbesondere um die Handlungsdilemmata und Herausforderungen, denen sich Vergabepraktiker*innen aufgrund von Zielkonflikten oder wahrgenommener Diskrepanzen zwischen Zielen und Ressourcen ausgesetzt sehen. Um den praktischen *Umgang* mit diesen Herausforderungen wird es dann im nachfolgenden Kapitel gehen.

Tatsächlich zeichnet sich, wie zu sehen sein wird, in den Fallstudien ein recht deutlicher, branchen- und ortsübergreifender Trend ab, und zwar zugunsten einer stärkeren Gewichtung der Qualität der eingekauften Dienstleistungen, sowie weiterer ‚klientenzentrierter' Ziele, die sich auf den Adressatenkreis der Dienstleistungen beziehen. Das Leitbild des Staates als ‚Guter Dienstleister' ist also, wenngleich in unterschiedlichen Schattierungen und mit unterschiedlicher Intensität, auf dem Vormarsch – selbst in diesen beiden Branchen, in denen lange Zeit nach einmütiger Einschätzung aller Befragten das billigste Angebot stets als wirtschaftlichstes Angebot galt und den Zuschlag erhielt. Demgegenüber besitzen sowohl die Förderung wettbewerblicher Verfahren als auch die

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'? Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung*,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_7

Sicherstellung angemessener Arbeitsbedingungen nachgeordnete Bedeutung. Die Bewegung vom Preis zur Qualität als Auswahlprinzip scheint insofern auch in der Praxis weder mit dem Leitbild des Staates als ‚Guter Auftraggeber' noch als ‚Hüter des Wettbewerbs' eine enge Wahlverwandtschaft einzugehen. Vielmehr sind unterschiedliche Verbindungen in der Praxis vorfindbar.

Der folgende Abschnitt (7.1) arbeitet zunächst die primären Ziele und Dilemmata heraus, die für die zuständigen Verwaltungskräfte bei der Vergabe von Dienstleistungen in den beiden ausgewählten Segmenten – Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte – im Vordergrund stehen. Deutlich priorisieren diese im Einklang mit dem Leitbild das Ziel einer guten Dienstleistungsqualität. Im Anschluss (Abschn. 7.2) wird beleuchtet, wie die Kernziele der beiden anderen Leitbilder (‚Guter Auftraggeber' und ‚Hüter des Wettbewerbs') in das Aufgabenverständnis der Verwaltungskräfte integriert werden: Gelten sie eher als Hürden und damit als Quellen weiterer Dilemmata, oder als ‚Erfüllungsgehilfe', die die Verwirklichung der primären Ziele stützten?

7.1 Das primäre Leitbild ‚Guter Dienstleister': branchenspezifische Ziele und Dilemmata

Die befragten Verwaltungskräfte nehmen im Falle beider Dienstleistungsbereiche in Anspruch, die Auftragsvergabe auf eine gute, oder jedenfalls bessere Dienstleistungsqualität als in der Vergangenheit auszurichten. Entsprechend dieser neuen Prioritäten bezieht sich auch die Mehrzahl der von den Befragten angesprochenen Herausforderungen und Handlungsdilemmata auf dieses Ziel. Die folgenden beiden Abschnitte konkretisieren zunächst, was die Verwaltungskräfte unter einer ‚guten Qualität' für die jeweilige Dienstleistung verstehen, und erläutern im Anschluss daran die zentralen Herausforderungen und Dilemmata, die das neue Augenmerk für Qualität mit sich bringt. In beiden Bereichen sehen die Befragten zum Teil einen Zielkonflikt zwischen der Qualitätssteigerung und dem traditionellen Ziel der Mittelstandsförderung; übereinstimmend die größere Herausforderung aber in der (vergaberechtlich kompatiblen) Messbarkeit und Kontrolle von Qualität. Ein weiterer Zielkonflikt tritt in der Schulverpflegung hinzu mit dem Anliegen, die Teilnahme am Schulessen weiterhin möglichst allen Schüler*innen zu ermöglichen (Qualität vs. soziale Inklusion). In der Sicherheitsbranche erschweren die Angebotsstrukturen des Marktes für Sicherheitsdienstleistungen zusätzlich eine qualitätsorientierte Vergabe.

Eine geringe Rolle, dies sei hier vorweggenommen, spielen demgegenüber die Herausforderungen, die sich aus knappen öffentlichen Haushaltsmitteln ergeben

könnten. Sie werden in den untersuchten Kommunen zumindest kaum thematisiert. Dies dürfte mit zweierlei Rahmenbedingungen zu erklären sein: Zum einen die deutlich verbesserte Haushaltslage in den untersuchten Kommunen, die sich in Übereinstimmung mit dem bundesdeutschen Gesamttrend in den Jahren vor den Fallstudien deutlich verbessert hatte (s. Kap. 5.4.1). Zum anderen werden die Dienstleistungen in beiden Fällen nur zum Teil aus dem kommunalen Haushalt finanziert. In der Schulverpflegung werden die Kosten des Mittagessens üblicherweise vollständig oder überwiegend von den Eltern getragen, die Kommunen (oder andere öffentliche Haushalte) tragen hier lediglich Zuschüsse. In den Sicherheitsdienstleistungen spielen die Kosten eine wichtige Rolle, die das Land den Kommunen mehr oder weniger großzügig für die Unterbringung von Geflüchteten und insbesondere für den Sicherheitsdienst refinanziert[1]. Beide Gründe dürften den untergeordneten Stellenwert von knappen finanziellen Ressourcen als Hürde für mehr Qualität mit erklären. In anderen Branchen und in einer anderen Lage der öffentlichen Haushalte (z.B Post-Corona) dürften diese Restriktionen stärker ins Gewicht fallen.

7.1.1 Der ‚Gute Dienstleister' in der Schulverpflegung

Bei der Vergabe von Schulverpflegungsleistungen ist in den vergangenen Jahren in den untersuchten Kommunen insbesondere die Essensqualität sowie die Zufriedenheit von Schüler*innen, Eltern und Schulen stärker in den Fokus der Vergabepraxis gerückt.

- Hohe Priorität genießt in Einklang mit den fachlichen Standards von DGE und anderen Verbänden zum einen eine *gesunde* Ernährung, die sich durch einen ausgewogenen Speisenplan auszeichnet, durch höhere Frischkostanteile oder neue Zubereitungsformen wie Cook and Chill, welche die Zubereitung in Zentralküchen und Anlieferung in Warmhaltebehältern ersetzen.
- Ein höherer Anteil von Produkten aus *biologischer* Landwirtschaft gehört ebenfalls häufig zu den qualitativen Anforderungen in Ausschreibungen für die Schulverpflegung;

[1] In E-HAUSEN können die Kosten für 1,5 Sicherheitsbeschäftigte pro 300 Bewohner*innen im 24-h-Wachdienst dem Land in Rechnung gestellt werden, höhere Ansprüche an die Personalstärke müssen Kommunen selbst tragen. In D-BRÜCK werden die Kosten dagegen zu 100 % vom Land erstattet, wobei nicht das günstigste, sondern wirtschaftlich beste Angebot ermittelt werden kann (ausführlicher Abschn. 8.2.2).

- sowie die Berücksichtigung *individueller Bedarfe und Vorlieben* (gesundheitlich, religiös oder anderweitig motivierter Verzicht auf bestimmte Lebensmittel), etwa durch Alternativ-Angebote und Möglichkeiten zur individuellen Essenszusammenstellung (Buffetform anstelle von Tellerausgabe).
- Schließlich wird die Essensverpflegung zunehmend auch als Ort und Gegenstand von *Ernährungsbildung* betrachtet. Von den Caterern werden entsprechende Konzepte verlangt, die das Schulessen pädagogisch in Wert setzen – etwa durch Aktionswochen oder die gelegentliche Einbeziehung von Schüler*innen bei der Essenszubereitung.

Treiber dieses Trends vor Ort sind sowohl verwaltungsinterne als auch -externe Akteure. Verwaltungsintern fungieren nicht zuletzt die Gesundheitsämter und Lebensmittelüberwachungsämter gewissermaßen als institutionalisierte Fürsprecher von Qualitätsstandards in der Gemeinschaftsverpflegung. Sie bringen die nötige fachliche Expertise (Kenntnisse der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und Normen) mit. Daneben stützen sich auch die Fachämter selbst mehr oder weniger stark auf externe Leitfäden der DGE und anderer Institutionen wie den regionalen Vernetzungsstellen für die Schulverpflegung (VNS). Der Einfluss der oben beschriebenen Professionalisierung der Dienstleistungen ist insofern deutlich erkennbar. Der direkte Einfluss der jüngsten Vergaberechtsreformen erscheint demgegenüber begrenzt. Das hat auch damit zu tun, dass der Beginn der Zielverschiebung zugunsten von Qualität in den untersuchten Kommunen auf einen Zeitpunkt deutlich vor dieser Vergaberechtsreform datiert wird. Eine wichtige Rolle spielten bei der Mobilisierung für das Thema der Essensqualität stattdessen konkrete Beschwerden von Eltern und Schulen vor Ort sowie Skandale bzw. Havarien bei der Essensversorgung, die die Risiken eines hohen Preisdrucks und geringer Qualitätsansprüche einer breiteren Öffentlichkeit vor Augen führen. Eine besonders große Reichweite hatte hier der in der Fachgemeinde sogenannte ‚rote Oktober' im Jahr 2012, als die bundesweit tätige Firma Sodexo mit einer Brechdurchfall-Epidemie in Berlin und anderen ostdeutschen Kitas und Schulen infolge verseuchter Erdbeeren aus China in die Schlagzeilen geraten war.

Insbesondere drei Dilemmata werden von den Verwaltungskräften in Bezug auf das neue Ziel der verbesserten Essensqualität thematisiert.

7.1.1.1 Qualität vs. Soziale Inklusion

Zum einen kann die höhere Essensqualität in Konflikt mit dem Ziel der *sozialen Inklusion* geraten. Das liegt daran, dass höhere Essenspreise infolge gestiegener Essensqualität vollständig oder zu größeren Teilen von den Eltern getragen

werden müssen. Anders als bei anderen Dienstleistungen gehen höhere Qualitätsanforderungen also weniger mit einer Belastung der öffentlichen Haushalte (hier: in Form von Essenszuschüssen), als mit einer Belastung privater Haushalte einher.

Nicht zufällig genießt insbesondere in den beiden untersuchten ostdeutschen Kommunen das Ziel einer im Hinblick auf die Leistung *einheitlichen* Versorgung aller Schüler*innen mit einem *preislich erschwinglichen* Mittagessen neben der Essensqualität ebenfalls hohe Priorität; in E-HAUSEN explizit mit Verweis auf die DDR-Tradition der „Schülerspeisung". Steigende Qualitätsansprüche kollidieren hier mit dem Anspruch, Schüler*innen unabhängig von ihrer sozialen Lage eine Teilnahme am Schulmittagessen zu ermöglichen:

> „Ja, das ist eine ganz große Diskussion gewesen: ‚Damit das Akzeptanz finden kann, wäre es doch gut, wenn wir trotz aller gewünschten Qualitätszugewinne auch mit dem Preis noch in einem für den Großteil erreichbaren Range bleiben.' (…) Die Problemgruppe, die eigentlich die größten Probleme hat, sind gar nicht unbedingt die Professoren und auch nicht die Hartz-IV-Empfänger. Beide Gruppen sind eigentlich relativ entspannt, was den Preis angeht. Die, die knapp oberhalb von irgendwelchen Sozialleistungen liegen, das ist die Problemgruppe. (…) Also ich habe mit ganz, ganz vielen Muttis und Vatis gesprochen, die haben gesagt: ‚Ja das ist ein Problem, 60 Cent pro Kind und Tag mehr, sind für uns wieder am Ende des Weges 100 € mehr im Monat.'"[2] (D-BRÜCK, Schulamt)

Eng damit verbunden ist auch das Ziel, im Hinblick auf Qualität und Preise *einheitliche Verhältnisse* zu schaffen, die soziale Unterschiede nicht zum Tragen lassen kommt. Einen besonders hohen Stellenwert besitzt dieses Ziel in D-BRÜCK. Dort gerät es jedoch in Konflikt mit Forderungen seitens Elternvertretungen und Schulen, sowie Teilen der lokalen Politik, auch kleinere Anbieter bei der Vergabe zu berücksichtigen. Bislang wurden in der Stadt die Essensverpflegung für alle Schulen gebündelt ausgeschrieben und an einen einzigen großen Dienstleister vergeben. Die Forderung nach losweiser Vergabe und damit Öffnung für kleinere Anbieter begründen die Akteure in erster Linie mit der erwarteten Verbesserung der Qualität des Essens, in zweiter Linie auch mit dem Ziel der Mittelstandsförderung. Die lokale CDU-Fraktion greift damit auch entsprechende Beschwerden aus dem Kreis der kleineren Catering-Unternehmen auf. Die Stadt hält demgegenüber an der zentralisierten Vergabepraxis fest. In einer schriftlichen Stellungnahme im Stadtrat begründet dies der Schuldezernent im Kern mit drei Argumenten: Dass alle kommunal getragenen Schulen erstens

[2] Nahezu identisch die Einschätzung der Vergabeverantwortlichen im Schulamt in E-HAUSEN.

unabhängig von ihrer Größe und Lage im Stadtgebiet überhaupt mit Mittagessen versorgt werden;[3] dass alle Schülerinnen und Schüler zweitens „den gleichen Preis für die gleiche Leistung“ entrichten sollen und dass drittens „alle Schulspeisungsprodukte nachweislich und einforderbar den ‚Qualitätsstandards für die Schulverpflegung‘ der Deutschen Gesellschaft für Ernährung (DGE) entsprechen und deren Überprüfung einheitlich erfolgen kann“.

Die Essensqualität ist hier also neben dem Preis durchaus Teil des städtischen Zielkanons geworden. Als Lösung für den Zielkonflikt Qualität vs. soziale Inklusion werden anstelle eines *freien Qualitäts-Wettbewerbs* dabei jedoch *einheitliche und überprüfbare Mindest-Qualitätsstandards* priorisiert. Denn diese sind auch mit dem mindestens ebenso stark gewichteten Ziel eines einheitlichen und sozial vertretbaren Preises vereinbar.

7.1.1.2 Qualität vs. Mittelstandsförderung

Darüber hinaus thematisieren die Schulämter und Vergabestellen auch Schwierigkeiten, die konsumentenzentrierten Ziele in Einklang mit dem (alten wie neuen) Vergaberecht zu bringen. So wird vereinzelt bedauert, dass die gestiegenen formalen Anforderungen bei Vergabeverfahren wie auch höhere Qualitätsanforderungen an das Essen und hygienische Bestimmungen die Berücksichtigung kleinerer Anbieter erschwert, die mit diesen Anforderungen überfordert seien (C-FURT). Die Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung und der Dienstleistungen erweist sich somit mitunter als Herausforderung für das traditionelle Ziel der Mittelstandsförderung.

7.1.1.3 Qualität vs. (vergaberechtskonforme) Messbarkeit von Qualität

Größeren Raum nimmt in den Schilderungen aber eine weitere Herausforderung ein, nämlich die Schwierigkeit, die Qualität der Dienstleistung in vergaberechtlich konformer Weise zu bestimmen. Dies beginnt bei der Essensverpflegung schon mit der Schwierigkeit, die Qualität einer Leistung zu bewerten, die in hohem Maße vom – im wahrsten Sinne des Wortes – subjektiven Geschmack abhängig ist. Das gilt zumindest dann, wenn nicht lediglich objektiv messbare Nährwerte oder ein abwechslungsreicher Menüplan berücksichtigt werden sollen, sondern auch, ob das Endprodukt den Geschmack der Konsument*innen trifft.

[3] Zur Erläuterung: Die Versorgung kleiner und örtlich abgelegener Schulen ist in der Regel kostenintensiver; daher kann es nach Angaben mehrerer interviewter Expert*innen bei Ausschreibungen vorkommen, dass für solche Schulen nur wenige oder gar keine Angebote für die Schulverpflegung eingehen.

Auch vor diesem Hintergrund sehen die Kommunen in der möglichst weitgehenden Partizipation der Schulen eine Lösung; zum Teil explizit als eine Art prozedurale Operationalisierung von ‚Qualität', wie der Vertreter der VNS in BERLIN erörtert:

> „Wir haben sehr lange überlegt und auch mit den Vergabeexperten gerungen darum, wie man die Schulen in eine aktive mitgestaltende Rolle bringen kann. Weil allen Beteiligten klar war, dass man sich den Partner für das Essen genauso aussuchen können muss als Schule, wie die Partner für die Sportangebote, für die Musikangebote und anderes. Und weil wir eben auch wussten aus der Vergangenheit, dass es gar nicht den besten Caterer gibt. Es gibt immer wieder die Frage: ‚Können Sie mal so eine Art Caterer-Liste machen?' ‚Stiftung Warentest für Caterer' oder so – die keinen Sinn macht, weil die Schulen eben das gleiche Angebot des gleichen Caterers auf ganz unterschiedliche Art und Weise wahrnehmen. (…) Und deswegen muss halt jede Schule ihren Caterer finden." (VNS, BERLIN)

Andernorts wird die Partizipation der Eltern auch mit ihren Ansprüchen als zahlende Kunden begründet und zugleich als Garant für eine reibungslose Abwicklung des Vertrags und die Vermeidung kundenseitiger Beschwerden befürwortet:

> „Wer die Musik bestellt, bezahlt auch dafür, ne? Weil, es ist ja auch so, die müssen zufrieden sein am Ende, die Eltern. Ansonsten haben wir ja hier die Beschwerden auf dem Tisch. Und das bringt es auch nicht. (Schulamt, E-HAUSEN)

Ob pragmatisch motiviert, als grundsätzlicher Anspruch oder instrumentell als Indiz für Qualität: Das Ziel einer möglichst breiten Partizipation von Eltern, Schüler*innen und Schulpersonal birgt in jedem Fall nicht nur praktische Herausforderungen (Wie können die Verfahrensbeteiligten zu einer zuverlässigen Qualitätsbewertung kommen?), sondern kann auch mit den vergaberechtlichen Grundregeln in Konflikt geraten:

> „Ich sehe das immer von Seiten des Vergaberechts und ich bin der Meinung – weil es ja auch von unserer (...) Senatorin für Bildung die Aussage gab: ‚Es können sich alle Schulen ihre Caterer aussuchen' – ganz so ist es nicht. Wir sind im EU-Bereich, es gibt ein normales Vergabeverfahren, es gibt Vorschriften, es gibt eine Informationspflicht, es gibt auch Rügemöglichkeiten der Caterer" (Vergabestelle, BERLIN).

Vergaberechtlich angreifbar und insofern auch den Rügemöglichkeiten der Bieter ausgesetzt kann die Partizipation von Schulgremien je nach Ausgestaltung des Verfahrens vor allem aus zwei Gründen sein: zum einen, weil es sich bei den

Schulen nicht um die auftragsvergebende Stelle handelt, sie also formal keine Zuschlagsentscheidung treffen dürfen. Selbst wenn ein Partizipations-Verfahren gefunden ist, dass formal den vergaberechtlichen Anforderungen entspricht, stellt sich allerdings die Schwierigkeit, dass damit die Bewertung von Angeboten mindestens partiell in die Hände von vergaberechtlichen ‚Laien' gelegt wird. Das Risiko, dass diese – sei es aus Unkenntnis oder auch Voreingenommenheit gegenüber einem Bieter – die vorgesehenen Verfahrensweisen nicht exakt befolgen, ist insofern höher als bei einer reinen Durchführung durch die Vergabestelle selbst.

Die Schwierigkeiten, Qualitätsbewertung und Elternpartizipation mit dem Vergaberecht in Deckung zu bringen, bezeugen einerseits den hohen Stellenwert des traditionellen Werts der Rechtskonformität. Allerdings erhält dieser Wert paradoxerweise erst durch die neuere Entwicklung Gewicht. Denn, das verdeutlichen die Interviews ebenfalls: Das Bewusstsein, dass die Delegation der Auswahlentscheidung an Schulen vergaberechtlich problematisch ist, hat sich erst mit der Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung in der Schulverpflegung allmählich eingestellt und die Kommunen zur Entwicklung neuer Lösungsansätze angeleitet (s. Kap. 8).

7.1.2 Der ‚Gute Dienstleister' in den Sicherheitsdienstleistungen

Die Qualität von privatwirtschaftlichen Sicherheitsdienstleistungen zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften erfährt spätestens seit den Vorfällen im nordrhein-westfälischen Burbach im Jahr 2014 besondere politische Brisanz und mediale Aufmerksamkeit. In der Folge verbreiteten sich weitere Meldungen über Sicherheitskräfte, die Flüchtlinge misshandelten und drangsalierten oder von ihren Arbeitgebern ohne behördliche Zuverlässigkeitsprüfung, spezifische Schulung oder unter Missachtung tariflicher und arbeitsrechtlicher Standards in den Unterkünften eingesetzt wurden (u. a. Bader 2016; Böcking 2014; Faigle 2014; Dowideit 2016; Müller und Schröder 2016; Rech 2015, 2016). Vor diesem Hintergrund erscheint die Frage nach einem Wandel des beruflichen Ethos in der kommunalen Auftragsvergabe hin zu mehr Qualität oder sogar ‚guter Arbeit' in diesem Marktsegment besonders eindringlich.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des beschriebenen Image-Problems der privaten Sicherheitsbranche ist es in allen untersuchten Kommunen oberstes Ziel, einen *seriösen* Dienstleister mit einer öffentlichen Aufgabe zu beauftragen, der zudem behördlich überprüftes, zuverlässiges und fachlich geschultes Personal für

den Auftrag einsetzt. Die Aufgaben der Sicherheitskräfte in den Flüchtlingsunterkünften umfassen eine Reihe von Tätigkeiten, die von den untersuchten Kommunen in recht unterschiedlichem Detaillierungsgrad gefordert werden. Zu nennen sind hier in erster Linie:

- Zugangskontrolle (Verhinderung des Zutritts unberechtigter Personen)
- Schlüsselausgabe und -empfang + Postempfang und – verteilung
- Führung eines Wachbuchs (Dokumentation der Dienstzeit sowie besonderer Vorkommnisse)
- regelmäßige Kontrollgänge im Gebäude sowie Kontrolle der Außenanlage
- Aufrechterhaltung bzw. Durchsetzung des Hausrechts/der Hausordnung
- Sicherstellen eines störungsfreien Betriebs unter Berücksichtigung möglicher Gefährdungen aufgrund von Vandalismus, technischen Ursachen oder Naturereignissen
- Schutz der Bewohner*innen und des dienstausübenden Personals vor Übergriffen + deeskalierendes Verhalten im Konfliktfall
- ggf. Alarmierung von Polizei, Feuerwehr, Rettungsdienst
- ggf. Durchführung von Erste-Hilfe-Maßnahmen
- Informationsübermittlung an Einrichtungsleitung
- Bedienung und Kontrolle der Brandschutzanlagen
- Ansprechpartner*in für Bewohner*innen und Besucher*innen während der Abwesenheit des Sozialdienstes.

Dem Personal kommt also bei der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen besondere Aufmerksamkeit zu, da seine Fähigkeiten und Eigenschaften sehr wesentlich mit der Dienstleistungsqualität in den Flüchtlingsunterkünften in Zusammenhang gebracht werden. Den befragten Vergabefachkräften geht es darum, einen Dienstleister zu finden, der Sicherheit und Ordnung zwar möglichst preisgünstig gewährleistet. Es überwiegt jedoch das Ziel, in diesem Rahmen eine qualitativ hochwertige Leistung einzukaufen, mit der man sich als öffentlicher Auftraggeber ‚keinen Ärger einhandelt', insofern a) öffentliches Ansehen wahrt und b) den sensiblen Bedürfnissen und Problemlagen der Klient*innen gerecht wird, also den durch ihre Fluchterfahrungen teils traumatisierten Bewohner*innen.

Die untersuchten Kommunen bringen diese grundsätzlichen Zielstellungen mehr oder weniger explizit auch in ihren Vergabeunterlagen zum Ausdruck:

> „Das [Fach]amt der Stadt [C-FURT] (…) versteht sich als kundenorientierter Dienstleister. Das Verhalten der im Sicherheitsdienst eingesetzten Mitarbeitenden muss während der Dienstzeit stets so gestaltet sein, dass das Ansehen der Stadt [C-FURT] in

> der Öffentlichkeit nicht geschädigt wird. Das Auftreten der eingesetzten Mitarbeitenden gegenüber den Bewohnenden soll stets freundlich und hilfsbereit sein, aber auch geprägt von einer professionellen Bestimmtheit und Distanz.“ (Ausschreibungsunterlagen für Sicherheitsdienstleistungen, C-FURT)

In A-BURG wird bezogen auf die Sicherheitskräfte größter Wert auf „ein ausgeprägtes interkulturelles Verständnis“ gelegt. Entsprechend enthalten die Unterlagen zwar abstrakte, dennoch eindringliche Aussagen zur erforderlichen Geisteshaltung des Personals, das „jederzeit für eine demokratische Grundordnung und demokratische Werte eintreten“ müsse. „Jegliche extremistische, rassistische, gewaltverherrlichende oder bestimmte Bevölkerungsteile diskriminierende Verhalten bzw. Äußerungen sind zu unterlassen.“ (Ausschreibungsunterlagen für Sicherheitsdienstleistungen, A-BURG).

In E-HAUSEN betont der zuständige Fachamtsvertreter die besondere Sensibilität von Sicherheitsdienstleistungen in Flüchtlingsunterkünften, die „Fingerspitzengefühl“ erfordere:

> „Also es ist ja nicht mal eben: ‚Ich schreib eine Gebäudeleistung aus, wenn der Dienstleister mir nicht passt, schmeiß ich ihn nach drei Monaten wieder raus und hol mir einen neuen‘. Das ist ja bei Bewachung von Flüchtlingsunterkünften (…) doch ein bisschen sensibler, nicht nur was das Thema angeht, sondern halt: Der muss Kontakt zum Sozialarbeiter haben, (…) der muss sich einarbeiten etc. und wenn es dann sozusagen heißt ‚Wir haben einen Dienstleister gefunden, der gar nicht in der Lage ist, die Leistung abzustecken‘, haben wir natürlich den Ärger am Hals.“ Als Auftraggeber müsse man daher „schon versuchen diesen Grad zu finden zwischen: ‚Die Flüchtlinge sollen sich betreut fühlen und nicht überwacht fühlen‘ bis hin zu: ‚Der Wachdienst ist dazu da, sowohl die internen Konflikte zu lösen als auch zu versuchen, externe Gefahren abzuwenden‘. Aber soll auch kein Gefängniswärter sein in dem Fall.“ (Fachamt, E-HAUSEN)

Die geflüchteten Bewohner*innen sind als Klient*innen durchgängig ein wesentlicher Bezugspunkt der befragten Verwaltungsfachkräfte. Vom privaten Sicherheitsdienst wird dadurch eine ambivalente Aufgabenwahrnehmung erwartet: So soll das eingesetzte Sicherheitspersonal zwar einerseits das Hausrecht der Unterkunft durchsetzen und für ‚Ordnung‘ und ‚Ruhe‘ sorgen,

> „mit den Bewohnern aber auch respektvoll umgehen. (…) Die Bewohner sollen ja keine Angst vor dem Sicherheitsdienst haben, vor allem die, die sich an die Regeln halten. Sondern, das soll ja nur im Grunde eine Back-up-Lösung sein für die Leute, die sich nicht an die Regeln halten können oder wollen. Für die soll ja der Sicherheitsdienst da sein. Für alle anderen sollte der eigentlich gar nicht auffallen.“ (Fachamt, C-FURT).

Gefragt ist insofern eine Leistung, von der man sich eigentlich wünscht, sie sei nicht notwendig – und die in der Wahrnehmung der Auftraggeber auch das Risiko birgt, selbst eine Quelle der Unsicherheit für die Bewohner*innen von Flüchtlingsunterkünften zu werden.

Wichtige Impulse dafür, dass die Kommunen sich am Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' orientieren, gehen zum Teil von politischen Vorgaben aus, auf die immerhin drei der untersuchten Kommunen bei der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte Bezug nehmen. D-BRÜCK bezieht sich dabei auf eine obligatorische Weisung des Landes zur Bewachung der Unterkünfte, die kommunalen Auftraggebern sowohl die Personalstärke für die Sicherheitsdienstleister vorgibt als auch Angaben zu den nötigen Personalqualifikationen macht. Auch wurde auf Landesebene ein Mustervertrag erarbeitet, an dem sich Kommunen orientieren sollen. In C-FURT sind entsprechende Landesvorgaben noch weiter gefasst und orientieren sich teils deutlich am Positionspapier des BDSW zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften (s. Abschn. 6.3.1.2). Auch wenn diese Weisungen sich hier in erster Linie auf Landesvergaben beziehen und von den Kommunen nur fakultativ anzuwenden sind, machen sich die Vergabepraktiker*innen in C-FURT die dahinterliegenden Ziele jedoch zu eigen und beziehen sie in die Gestaltung ihrer Unterlagen ein. Wenn auch für einen anderen Einsatzbereich von Sicherheitsdienstleistungen, so sind schließlich die Vergabepraktiker*innen in A-BURG auch auf Weisung des Stadtrates dazu übergegangen, die Vergabeverfahren im Hinblick auf qualitative Zuschlagskriterien (hier u. a. die Höherbewertung von anspruchsvolleren Qualifikationen als die geforderte Mindestqualifikation) zu öffnen.

Analog zu diesen primären Zielen beziehen sich auch zahlreiche der von den Vergabefachkräften thematisierten Herausforderungen und Dilemmata auf die Qualität der Sicherheitsdienstleistung, die sich in erster Linie daran bemisst, dass der Auftragnehmer ‚seriös' ist und das eingesetzte Personal zuverlässig, fachlich qualifiziert und im Hinblick auf die Bedürfnisse der Klient*innen sensibilisiert ist.

7.1.2.1 Qualität vs. Angebotsstruktur

Dem stehen in der Wahrnehmung aller befragten Vergabepraktiker*innen zunächst die Angebotsstrukturen des Marktes für Sicherheitsdienstleistungen entgegen. Auch nach Auffassung des Branchenverbandes BDSW ist der Markt überwiegend von „schwarzen Schafen" geprägt, als Ergebnis der geringen gesetzlichen Zugangshürden in die Branche. Der „Flüchtlingshype" in den Jahren 2015 und 2016 habe nicht nur zu einem Anstieg der Umsatzzahlen um ca. 40 % geführt

(BDSW 2017), sondern auch dazu beigetragen, dass eine Vielzahl von nicht-tarifgebundenen „Kleinstunternehmen“ auf den Markt gedrängt worden seien. Oftmals hätten diese Tarifaußenseiter ihr Personal teils illegal, d. h. ohne behördliche Zuverlässigkeitsüberprüfung, teils auch ohne Schulung (Unterrichtung nach § 34a GeWO) eingesetzt sowie weitere Nachunternehmen beauftragt, um die Auftragsgröße leisten zu können. Von den ca. 7000 privaten Sicherheitsdiensten, die der Verband im Jahr 2017 schätzte, seien „rund 5000 zu viel“ (BDSW 2017).

Die kommunalen Auftraggeber stehen bereits beim Sichten der eingegangenen Angebote vor den Herausforderungen des Marktes, auf dem sich Briefkastenfirmen und undurchsichtige Firmennetzwerke finden:

> „Und am Ende war dann von, naja, ich sag mal, der Drückerkolonne bis hin zur ukrainischen Mafia, möchte ich jetzt fast unterstellen, wahrscheinlich alles dabei gewesen, die gerne hätten den Auftrag an Land ziehen können. Und deswegen, das war uns dann am Ende nichts, und deswegen sind die alle rausgeflogen und wir hatten am Ende natürlich keine Vergabe.“ (Fachamt, E-HAUSEN)

Hinzu kommt, dass die Arbeit der Sicherheitsbeschäftigten „gemeinhin als so genannte Jedermann-Arbeit eingestuft [wird], also als Tätigkeit, die keine oder nur geringe formale Qualifikation erfordert“ (Briken 2011, S. 22). Dies wird in unseren untersuchten Kommunen durchaus differenzierter gesehen. Dem Personal wird dennoch ein eher niedriger Bildungsstand attestiert, der für sich genommen Konfliktpotential bei der Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Leistung im Sinne der Klient*innen birgt:

> „Und also ich für meinen Teil bin relativ zufrieden eigentlich. Also wir haben (…) weder irgendwelche geknebelten Asylbewerber oder irgendwelche – dass geschlagen wird oder/Sicherlich wird mal ein böses Wort fallen, ja, und dass auch Worte fallen, wo man sagt, als studierter Mitteleuropäer würde man das nicht sagen. Ja, das ist einfach so, aber ich muss eben auch darauf achten, mit welchen Menschen – (…), dass das nicht unbedingt die Menschen sind, die das vielleicht immer überblicken können, was sie da gerade tun. Wenngleich ich die Arbeit aber total wertschätze, also ich bin jetzt keiner, der sagt, ‚Ach, das ist nur Bewachung, naja‘.“ (Fachamt, D-BRÜCK)

Eine zentrale Herausforderung stellt der anhaltende Personal- und Fachkräftemangel in der Branche dar, der sich selbst im Zuge des Nachfragerückgangs im Jahr 2017, als zahlreiche Notunterkünfte geschlossen und geschultes Personal auf

den Markt gespült worden war, nicht entspannte.[4] Kommunen stehen vor dem Problem, dass der Markt insbesondere qualifiziertere Fachkräfte derzeit kaum hergibt. Selbst die sehr niedrigschwellige Weiterqualifizierung mittels Sachkundeprüfung sei gegenwärtig auf dem Markt kaum vorzufinden, während Fälschungen entsprechender Nachweise verbreitet seien.

Die Vergabepraktiker*innen sehen das Problem der mangelnden Qualifikation dabei nicht nur als exogenes Problem des Marktes, sondern zum Teil auch durch die öffentliche Auftragsvergabe mitverursacht oder zumindest zugespitzt: Zum einen vermuten die Vergabeverantwortlichen, dass Unternehmen ihre besser qualifizierten Beschäftigten bevorzugt bei ihren in der Regel lukrativeren Aufträgen aus der Privatwirtschaft einsetzen, die schlechter entlohnten öffentlichen Aufträge hingegen mit weniger kompetenten Mitarbeiter*innen besetzen *(Vergabestelle A-BURG)*. Zum anderen schafft das Outsourcing einer Dienstleistung aufgrund ihres immer nur befristeten Einkaufs das grundsätzliche Problem eines diskontinuierlichen Personaleinsatzes. Die befragten Vergabepraktiker*innen gehen daher zum Teil davon aus, dass nach Ende eines Auftrags gerade die qualifizierten Kräfte, die sich im Verlauf der Vertragszeit bewährt haben, von ihrem Arbeitgeber gehalten werden und zu einem anderen Auftrag mitziehen (Fachamt, D-BRÜCK).

7.1.2.2 Qualität vs. Mittelstandsförderung

Um Qualität ex ante messbar zu machen, ist die Abfrage von Referenzen früherer Auftraggeber branchenübergreifend ein gängiges Instrument. Ein Teil der Vergabepraktiker*innen steht diesem Instrument aber zwiespältig gegenüber, aufgrund von Vorbehalten, die sich vor allem aus dem traditionellen Ziel der Mittelstandsförderung speisen, partiell aber auch mit der seit langem geltenden vergaberechtlichen Norm eines offenen wettbewerblichen Verfahrens begründet werden. Solche Referenzen versperrten neuen Marktteilnehmern den Weg in einen fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge:

> „Neulich war jemand da, der sagte so nach dem Motto: ‚Das ist ja wie dieser Kreislauf - Ohne Arbeit keine Wohnung, ohne Wohnung keine Arbeit'. Also, sprich, ohne die Erfahrung krieg ich hier keinen Auftrag, aber ohne den Auftrag kann ich nicht die Erfahrung machen und die dann nachweisen. Und das ist teilweise dann auch berechtigt." (Vergabestelle, C-FURT)

[4] Dem BDSW zufolge hatten 78 % der Unternehmen in der Sicherheitsbranche Probleme bei der Stellenbesetzung; rund 11.300 Stellen konnten zu Beginn des Jahres 2018 nicht besetzt werden (BDSW 2018a, b).

Ähnliche Bedenken werden zum Teil gegen Bieterbeschränkungen zur Durchsetzung von Qualitätszielen mithilfe der Einforderung bestimmter Zertifikate (v. a. zu Leistungen wie Notruf- Serviceleitstelle und Alarmprovider, Interventionsstelle sowie DIN 77200) geltend gemacht. Gerade kleinere und mittlere Unternehmen sowie ‚Newcomer' würden durch die damit entstehenden Kosten belastet, so die Vergabestelle in E-HAUSEN. Auch wird der grundsätzliche Mehrwert von Zertifikaten und ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit angezweifelt:

> „Wenn jetzt bestimmte Firmen sich ein Zertifikat einkaufen, was einfach Geld kostet, was ja viele Kleinere nicht können. (…). Und wenn wir das jetzt fordern und lassen aber auch nichts Gleichwertiges zu, ist das ein Eingriff in den Wettbewerb. Wir müssten aber schon begründen können, warum ist das uns jetzt so wichtig. Ich glaube, da scheitern wir dran. Vielleicht schaffen wir es auch und es passiert auch nichts. Es ist immer nur die Frage: was ist aber dann, wenn sich einer beschwert? Können wir dann dem Stand halten mit unserer Begründung?" (Vergabestelle, E-HAUSEN)

Das Sicherheitsgewerbe hebt sich aus Sicht der Vergabestelle hier mit seiner Vielzahl an Nachweisen besonders ab.

7.1.2.3 Qualität vs. (vergaberechtskonforme) Messbarkeit und Kontrolle der Qualität

Eine weitere wesentliche Herausforderung, vor der sich die untersuchten Kommunen stehen sehen, betrifft die grundsätzliche Frage, wie sich die Qualität einer Sicherheitsdienstleistung im Vorfeld bestimmen und im Rahmen des Vergabeverfahrens möglichst sicherstellen lässt. Testverfahren wie ein Probeessen im Bereich des Schulcaterings oder eine Probereinigung im Rahmen der Vergabe von Gebäudereinigungsleistungen sind für die Gewährleistung bzw. Herstellung von Sicherheit eher undenkbar. Sicherheit fällt in der Regel erst dann auf, wenn sie gefährdet ist, die dahinterliegende Dienstleistung nur unzureichend erbracht wird. Der augenfälligste Beweis einer erbrachten Sicherheitsdienstleistung ist die physische Anwesenheit von Sicherheitsbeschäftigten, die tatsächliche Eignung des Personals lasse sich ex ante hingegen kaum bestimmen:

> „Physische und psychische Belastbarkeit in besonderen Stresssituationen – das sind Dinge, die man vorher nicht unbedingt nachweisen kann." (Fachamt, C-FURT)

Die zwischen Auftraggebern und Anbietern geschlossenen Verträge, die in der Regel Leistungskataloge mit mehr oder weniger detaillierten Bestimmungen zur Qualität der Dienstleistung enthalten, haben insofern den Charakter von Versprechen. Damit entsteht die Aufgabe, diese Versprechen entweder ex-ante (bei

der Auswahl) oder ex-post (während der Vertragslaufzeit) zu überprüfen. Dies wiederum kann zum einen erheblichen Mehraufwand bedeuten, wie die Vergabestelle in A-BURG anhand einer gerade erfolgten Ausschreibung mit qualitativen Wertungskriterien schildert:

> „Ich bin sehr gespannt, was das für einen Verwaltungsaufwand dann erfordert. Weil, Sie haben viele Versprechen, also haben Sie viele Möglichkeiten, Vertragsstrafen zu verhängen. Und wenn ich bei jeder Rechnung erst mal fünf Stunden lang darüber diskutieren muss: ‚Ja, was stimmt jetzt in dem Vertrag in diesem Monat nicht?' - Dann ist das ein gigantischer Verwaltungsaufwand. Weil, zunächst haben wir das Versprechen und die Firma muss dann gucken und wir müssen gucken, wie die Versprechen dann eingehalten werden. Also das ist nach wie vor ein Thema. Ich bin sehr gespannt." (Vergabestelle, A-BURG)

Insbesondere bei dem Versuch, die Qualitätsversprechen bereits ex-ante, bei der Auswahl, zu bestimmen stellt sich zum anderen die Schwierigkeit, diese auch in vergaberechtskonformer Weise in die Prüfung und Bewertung der Angebote einfließen zu lassen. Dies beginnt schon bei der Einforderung von Referenzen aus vorherigen Aufträgen:

> „Weil, eine Referenz ist ja immer schwer steuerbar. Heißt das ‚Ich hab für die gearbeitet, ich hab eine gewisse Zeit für die gearbeitet' - Muss ich da eine schriftliche Bestätigung haben des Referenzgebers ‚Ja, das war toll'? Reicht es, dass ich da mal irgendwie einen Kollegen anrufe, der sagt: ‚Ja, das war super' oder der sagt: ‚Nee, das war nicht so super, der hat uns nur Chaos gemacht'? Wie kann ich dann da Punkte verteilen […]? (Vergabestelle, C-FURT)

Um qualitative Elemente auch in die Wertung der Angebote mit einzubeziehen, sehen sich Kommunen mitunter nicht in der Lage, geeignete Ideen zu entwickeln, die den vergaberechtlichen Anforderungen in punkto Messbarkeit und Objektivität gerecht werden:

> „Also das wird immer gerne gewünscht, wegen mir auch auf politischer Ebene, aber es gibt ja keine Ideen. (…) Also, es geht nicht darum, dass die Ämter das nicht wollen. Die würden sich ja viele Dinge auch anders wünschen. Die Frage ist aber: Wie? Es muss ja messbar sein. (…) Wenn wir das auch [Fach-]Ämtern manchmal mitgeben, die das vielleicht jetzt auch nicht so oft gemacht haben, die dann einfach Ideen haben, die gut klingen. Aber wir bekommen dann immer [zu hören]: ‚Machen Sie es mal vergleichbar. Machen Sie es messbar'. Und dann wären wir beim Preis." (Vergabestelle, E-HAUSEN)

Den Kommunen ist in unterschiedlichem Grad daran gelegen, sich rechtskonform zu verhalten und sich gegenüber Vergaberügen oder sonstigen Überprüfungen zu wappnen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Preis als alleiniges Wertungskriterium als sicherste Variante:

> „Wir haben dann natürlich immer die Sache, wenn Sie verschiedene Kriterien ansetzen, dass diese ja gerichtlich überprüfbar sind, und eventuell anders ausgelegt werden könnten. Weil, wie bewerten Sie ein Kriterium dann? (…) Bewertung ist ja (…) niemals hundert Prozent objektiv. Und das ist ja nun mal das Problem. Aber der Preis ist immer hundert Prozent objektiv. Weil, der steht fest, und da gibt es nichts zu diskutieren. (…) Da kann man ganz genau sagen ‚Der ist einen Cent teurer, der ist einen Cent günstiger'." (Fachamt, C-FURT)

Dem Anspruch, neben dem Preis auch Qualitätsaspekte zu berücksichtigen stehen aus Sicht der Vergabepraktiker*innen die Herausforderungen eines komplexer werdenden und zudem durch Rechtsprechung dynamischen Vergaberechts entgegen. Die Zeit sei meist gar nicht da, aufwendig zu recherchieren, wie man es anders machen könnte:

> „Da bist du ja froh, wenn du dein Regelwerk hinkriegst und kannst dann meinetwegen sagen ‚Aus fachlicher Sicht oder vergaberechtlicher Sicht, das können wir so machen'." Eine absolute Gewissheit, ein Verfahren rechtssicher durchgeführt zu haben, gäbe es nicht, „weil es auch so kompliziert ist und so viele Sachen ja auch Auslegungssache sind. (…) Oder es gibt unterschiedliche Urteile zum gleichen Thema. Also, das heißt, da werden Sie nie eine Unterlage haben, wo nicht irgendeine Firma ein Haar in der Suppe finden könnte." (Vergabestelle, E-HAUSEN).

Mit der Ausdifferenzierung des Vergaberechts sind auch Regelungen getroffen worden, die durch ihre paradoxen Wirkungen von den Vergabepraktiker*innen als wenig sinnvoll wahrgenommen werden. Vergaberecht führe zum Teil vom „ursprünglichen Ziel" weg; es gehe „gar nicht mehr um die Sache", wenn etwa durch hohe formale Hürden (z. B. eine vergessene Unterschrift) gute Angebote vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müssen (Vergabestelle, E-HAUSEN). Auch das Gegenteil, der Ausschluss von Schlechtleistung, sei erschwert worden. „Allein die Tatsache, dass du eine Firma hast, mit der du mehrere Verträge hast, die schlecht laufen, reicht nicht mehr für einen Ausschluss." (Vergabestelle A-BURG). Zudem hätten sich die Bedingungen dafür, eine Kündigung auszusprechen, insofern verschlechtert, als es nunmehr „gerichtsfester" Gründe bedürfe. Tatsächlich hat das neue Vergaberecht auf europäischer Ebene und im Anschluss daran auf nationaler Ebene die Möglichkeiten für einen Ausschluss von Bietern aufgrund von Schlechtleistungen bei früheren Aufträgen erstmals gesetzlich

kodifiziert (§ 124 GWB), dabei aber zugleich enge Grenzen gesetzt, die von der einschlägigen Rechtsprechung weiter konkretisiert wurden (Geitel 2018; Soudry 2019). Erforderlich ist insbesondere, dass die Schlechtleistung auch durch Vertragskündigung oder eine andere Rechtsfolge sanktioniert wurde; und auch dies reicht jedoch nicht aus, da es Möglichkeiten zur „Selbstreinigung“ (§ 125 GWB) von Unternehmen gibt.[5] Als öffentlicher Auftraggeber sieht man sich damit gegenüber privaten Kunden deutlich im Nachteil, was die Möglichkeiten zur Sanktionierung schlechter Qualität anbelangt.

7.2 Sekundäre Leitbilder: Hürde, Wahlverwandtschaft oder Erfüllungsgehilfe für mehr Qualität?

Wie werden, neben den primären Zielen, jene Normen in das Aufgabenverständnis integriert, die mit der Vermarktlichung einerseits und der Sozialen Konditionalisierung andererseits an Bedeutung gewonnen haben? Welchen Stellenwert hat also die Sicherstellung eines wettbewerblichen Verfahrens (Abschn. 7.2.1); welchen Stellenwert die Gewährleistung guter Arbeitsbedingungen in der Schulverpflegung (Abschn. 7.2.2) und im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte (Abschn. 7.2.3)? Die Ergebnisse verdeutlichen, dass der Wert der beiden alternativen Leitbilder (‚Hüter des Wettbewerbs‘ und ‚Guter Auftraggeber‘) sich in erster Linie daran bemisst, ob sie als nützlich oder hinderlich für das Ziel der Qualitätssteigerung gelten; eine davon unabhängige Bewertung ist eher die Ausnahme. Mit Blick auf das Leitbild ‚Guter Auftraggeber‘ werden dabei deutliche Unterschiede zwischen den beiden Dienstleistungsbereichen sichtbar: Im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen stellen viele Befragte eine dezidiert positive funktionale Beziehung zwischen Qualität der Arbeit und Qualität der Dienstleistung her. Demgegenüber finden sich im Bereich der Schulverpflegung allenfalls lose, und wenn dann eher negative funktionale Bezüge, sowie weitere Vorbehalte gegenüber politischen Vorgaben und gesellschaftlichen Erwartungen zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe.

[5] Diese ‚Selbstreinigung‘ kann Bieter vor einem Ausschluss bewahren, indem sie Maßnahmen für einen rückwirkenden Schadensausgleich und für die Vermeidung ähnlicher Schlechtleistungen bei künftigen Aufträgen ergreifen. Bieter haben daher einen Anspruch darauf, ihre Selbstreinigungsmaßnahmen im Rahmen einer Anhörung zu erläutern, und können nicht allein auf Basis einer früheren Schlechtleistung mit Rechtsfolgen ausgeschlossen werden (s.a. VK Niedersachsen im Beschluss vom 5.2.2021 (VgK-50/2020); sowie EuGH, Urteil. v. 14.01.2021 – C-387/19).

7.2.1 Der ‚Hüter des Wettbewerbs': Zwischen Hürde und Erfüllungsgehilfe

Zum Teil sind oben bereits Konflikte zwischen dem primären Ziel ‚mehr Qualität' und dem wettbewerbsrechtlich geprägten Vergaberecht angesprochen worden (Qualität vs. vergaberechtskonforme Messbarkeit und Kontrolle). In dieser Hinsicht gilt die starke Verdichtung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen, die mit der Vermarktlichung einhergegangen sind, eher als Hürde für das neue Primat der Qualität. Der Wunsch, den Preiswettbewerb zugunsten von Qualitätskriterien einzuschränken, geht unter den Befragten aber nicht mit einer grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber wettwerblichen Verfahren als solchen einher. Aussagen wie die folgende sind eine Ausnahme:

> „In meinem Kopf ist Schulessen ein Akt von Grundversorgung. Der hat nix mit Wettbewerb zu tun oder sonst irgendwie, sondern soll die Kinder auf einem möglichst hohen Level gut versorgen mit den entsprechenden Nährstoffen, die sie brauchen, um gut fit durch den Schulalltag zu kommen. Aber sollte nicht sozusagen Schauplatz sein für marktwirtschaftliche Wettkämpfe." (Fachamt, D-BRÜCK)

In D-BRÜCK rechtfertigt dies aus Sicht des Schulamtsvertreters klar auch Wettbewerbseinschränkungen, konkret den Verzicht auf Teillose und dadurch den Ausschluss kleinerer Firmen zugunsten einer möglichst einheitlichen Versorgung, dem primären Ziel in D-BRÜCK.

Verbreiteter ist demgegenüber eine *qualitätsbezogene Konditionalisierung von Wettbewerb,* die wettbewerbliche Verfahren insofern als nützlich erachtet, insofern sie der Dienstleistungsqualität dient. Dies ist etwa der Fall in der Schulverpflegung in E-HAUSEN, wo es jeder einzelnen Schule weitgehend überlassen wird, sich nach eigenen Kriterien in offenen Ausschreibungen einen der Bieter auszusuchen. Die wettbewerbliche Vergabe erfüllt dort in den Augen des Schulamtes in erster Linie eine legitimitätsstiftende Funktion, indem sie Schulen und Eltern ein regelmäßiges Wahlrecht bei der Essensversorgung einräumt.

Eine tragendere Rolle wird wettbewerblichen Verfahren in BERLIN zugesprochen. Hier werden regelmäßige Ausschreibungen grundsätzlich als geeignetes Suchverfahren für mehr Qualität bzw. für ein angemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis betrachtet. Dazu zählt beispielsweise auch, den Schulen bei Unzufriedenheit mit der Essens- und Dienstleistungsqualität kurzfristige Kündigungsmöglichkeiten einzuräumen – nach dem Vorbild von Dienstleistungsverträgen in der freien Wirtschaft, etwa Handyverträgen:

> „Also normalerweise ist in einer offenen Ausschreibung eine dreijährige Vertragslaufzeit, manchmal eine vierjährige (…). Bestenfalls, wenn alles glatt läuft, hört der Vertrag also nach drei Jahren auf. Aber wir können in Berlin nach jedem halben Jahr ohne Begründung kündigen! (…) Das ist bei vielen, vielen Verträgen, die ich kenne – ich habe mir dann auch mal bundesweit alle Verträge mal angeguckt – ist das gar nicht möglich. (…) Das ist wie mit einem Handyvertrag. (…) Ihr Handyvertrag, da steht die Frist drin, oder Ihr Fitnessvertrag, den kann ich entweder monatlich kündigen, halbjährlich kündigen oder, oder, oder.“ (Schulbehörde, BERLIN)

Eine weitere Grundvoraussetzung dafür ist auch, Leistungen explizit in vertraglicher Form zu fixieren, um so für alle Seiten Transparenz über vereinbarte Leistungen und Preise herzustellen und eine effektive Leistungskontrolle zu ermöglichen. So begrüßt der Vertreter der örtlichen Vernetzungsstellen Schulverpflegung (VNS), der an der Aushandlung neuer qualitätsorientierter Ausschreibungen für das Schulessen in der Stadt beteiligt war,

> „dass wir jetzt solche Verträge haben, die relativ gut sind, die sehr umfangreich sind, detailliert sind. Wo auch die Leistungsanforderungen durchaus sehr umfänglich und klar, präzise enthalten sind. Das war ja dann ein notwendiger Schritt zu sagen: Wir müssen jetzt im Bereich Qualitätskontrolle, Qualitätssicherung, etwas machen. Damit eben Caterer auch merken: Nicht nur alle drei Jahre geht es darum den Vertrag zu kriegen, sondern jeden Tag geht es darum, die Qualität zu liefern.“ (regionale VNS, BERLIN)

In Einklang mit Grundgedanken des New Public Management dienen wettbewerbliche Verfahren demnach grundsätzlich der höheren Effektivität und Kundenorientierung des Verwaltungshandelns; vertragliche Vereinbarungen sind dabei ein zentrales Steuerungsinstrument zur transparenten Leistungsdefinition und -kontrolle. Bei der genauen Ausgestaltung der Vergabeprozesse werden aber mit dem gleichen Ziel der Qualitätssteigerung auch erhebliche Einschränkungen des Preiswettbewerbs in Kauf genommen oder sogar intendiertermaßen genutzt, wie in Kap. 8 noch zu sehen sein wird.

Das Leitbild des ‚Hüters des Wettbewerbs', das der Gewährleistung wettbewerblicher Verfahren oberste Priorität einräumt, hat in den Werthaltungen der Vergabepraktiker*innen mithin eher geringe Spuren hinterlassen und trifft mitunter sogar auf Ablehnung, wenn dies den primären Zielen einer guten Dienstleistungsqualität entgegensteht. Dies ist aber nicht gleichbedeutend mit einer Ablehnung regelmäßiger Ausschreibungen an sich. Diese werden grundsätzlich als funktional für die Erfüllung der prioritären Ziele (Essensqualität und Wahlrechte der Dienstleistungs-Adressat*innen) angesehen. Zudem hat die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors in Gestalt des New Public Management

hier insofern zum Teil Spuren hinterlassen, als ein zentrales Steuerungsinstrument dieses Modells – der Vertrag – stärker als zuvor Blaupause für die Interaktionen mit den Leistungsanbietern wird. Auch diese Art von Ökonomisierung steht aber unter dem Primat des Leitbildes ‚Guter Dienstleister'.

7.2.2 Der ‚Gute Auftraggeber' in der Schulverpflegung

Gegenüber der Essens- und Dienstleistungsqualität besitzt das Thema der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe über alle Kommunen hinweg deutlich nachrangige Priorität. Selbst wo, wie in Berlin, auf Landesebene das Thema der Tariftreue einen hohen Stellenwert genießt (s. Kap. 9) schlägt dies zumindest im Bereich der Schulverpflegung in der Vergabepraxis nur bedingt durch: Die Verantwortlichen auf Bezirksebene wie auch in den beiden zuständigen Landesministerien (Schulbehörde, Wirtschaftsbehörde) sehen sich für Arbeitsbedingungen eher nicht in der Zuständigkeit. Zum Teil wird dies mit *allgemeinen ordnungspolitischen Schranken* begründet, weil dies eine unzulässige Einmischung in Firmenbelange darstelle (Schulbehörde, BERLIN), zum Teil wird auf *hergebrachte vergaberechtliche Prinzipien* verwiesen:

> „Also: Wir Vergaberechtler, wir waren schon immer dagegen. Die Verknüpfung von öffentlichen Aufträgen mit politischen Zielen – früher war das ja gar nicht zulässig, und wir waren schon immer dagegen, weil, das ist eine mittelbare Subventionierung. Man weiß im Grunde genommen ja gar nicht mehr, was man für die Produkte, Leistungen, zahlen muss, da verstecken sich ja jetzt andere Kosten." (Wirtschaftsbehörde, BERLIN)

Selbst wenn individuell eine stärkere Ausrichtung an sozialen Kriterien grundsätzlich als legitim eingestuft wird, äußern Befragte Vorbehalte: Dafür, so der Fachamtsvertreter in D-BRÜCK, bedürfte es eines klaren politischen Mandats, das gewissermaßen eine Vorreiterrolle des Staates als ‚guter Auftraggeber' legitimieren und den Zielkonflikt mit dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit eindämmen könnte (*Soziale Kriterien vs. Wirtschaftlichkeit* und *fehlendes politisches Mandat*):

> „Also jetzt mal, wenn wir eine Grundsatzdebatte führen, bin ich durchaus der Auffassung, dass es die Aufgabe der öffentlichen Hand ist, nicht nur in ihrem direkten eigenen Bereich die Sozialstandards hochzuhalten, sondern möglichst auch mit ihren Partnern. Allerdings, sage ich mal, bleibt es natürlich auch Erwartungshaltung der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler, dass die Leistung der öffentlichen Hand auch zu vertretbaren Preisen angeboten bleibt. Also das Prinzip der Wirtschaftlichkeit generell außer Kraft setzen, dass wir also sozusagen nach Gutdünken da die Anforderungen

> noch höher ziehen als gesetzlich vorgegeben, geht aus meiner Sicht nicht. (…) Die Erwartungshaltung darf grundsätzlich jeder Bürger an die öffentliche Hand haben, dass wir gesetzestreu arbeiten und nach Möglichkeit auch darauf achten, dass unsere Partner das tun. Allerdings, sage ich mal, über das gesetzlich geforderte Maß hinaus würde zu einer künstlichen Verteuerung der öffentlichen Aufgaben führen. Das muss dann in einem breiten Konsens gesetzlich vereinbart werden." (Fachamt, D-BRÜCK)

Die Vergaberechtsreform als solche vermittelt hier offenbar nicht den Eindruck, dass diese einen ‚breiten Konsens' zugunsten der Berücksichtigung sozialer Kriterien in der Auftragsvergabe gesetzlich verankert hat.

Auch in den anderen Städten nimmt keine der Gesprächspartner*innen Bezug auf die Vergaberechtsreform als etwaigem Impulsgeber sozialer Zielsetzungen. Auch lokale „Beschaffungsleitbilder" oder „Nachhaltigkeitskonzepte" für die öffentliche Auftragsvergabe – diese wurden in zwei der vier Kommunen (C-FURT und D-BRÜCK) verabschiedet – haben keine erkennbare Wirkung auf die Handlungsorientierungen von Vergabepraktiker*innen in der Schulverpflegung. Das dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass diese lokalen Beschaffungsleitbilder den Aspekt der sozialen Nachhaltigkeit mit der Beschaffung fair gehandelter und nachhaltig erzeugter Produkte in internationalen Handelsketten übersetzen, nicht mit guten Arbeitsbedingungen in lokal erbrachten Dienstleistungen.[6] Ein allenfalls schwaches politisches Signal ‚pro Arbeitsbedingungen' wird selbst dort gesendet, wo wie in D-BRÜCK auf lokalpolitischer Ebene über die Rekommunalisierung der Essensverpflegung nachgedacht wird. Ein entsprechender Prüfauftrag auf Antrag der SPD-Fraktion im Stadtrat wird hier in erster Linie mit anhaltenden Beschwerden über die mangelnde Qualität des Essens begründet. Mit dem Argument, dass damit auch bessere Arbeitsbedingungen einhergehen würden, wird die Forderung eher angereichert als begründet, die Arbeitsbedingungen stehen hier insofern in ‚entfernter Wahlverwandtschaft' zur Qualität.[7]

---

[6] So fordern sie etwa die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen (u. a. Verbot ausbeuterischer Kinderarbeit) ein, oder stellen allenfalls die basale Anforderung, hiesige Gesetze zu beachten. So wird im „Beschaffungsleitbild" von D-BRÜCK als Beispiel für die Berücksichtigung „sozialer Belange als Eignungskriterium" die „Zahlung der Sozialbeiträge und der gesetzlichen Abgaben" empfohlen.

[7] So erläutert die antragstellende SPD-Fraktion ihre Forderung gegenüber der Lokalzeitung damit, dass Schülerschaft und Eltern mit dem bisherigen Angebot unzufrieden seien. „Das wollen und müssen wir ändern. Wir wollen ein grünes, gesundes und regionales Angebot in den Mensen", so [Name SPD-Fraktionsvorsitzender]. (…) Für die Politik sei es indes leichter, an [Name Catering-Unternehmen] festzuhalten: „Dann können wir alle Beschwerden an eine Firma weitergeben. Wenn die Stadt selbst kocht, sind wir in der Verantwortung. Aber das

Weitere Einwände richten sich gegen die mangelnde Wirksamkeit solcher Auflagen mangels Ressourcen zur Kontrolle *(Soziale Ziele vs. Kontrollressourcen).* So gibt das Schulamt in C-FURT zu bedenken,

> „Die Arbeitsbedingungen [zu überprüfen], das sollte, auch wenn es personalintensiver wäre, wirklich gesondert gemacht werden, weil das ist eine Überfrachtung meiner Meinung nach. (…). Wo wir sagen, das wäre eigentlich keine Frage der Schul-, sondern eine Frage der Wirtschaftspolitik." (Fachamt, C-FURT]

Zu den grundsätzlichen Haltungen, die dem Thema der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe skeptisch gegenüberstehen, kommt noch ein Einwand, der auf einen Zielkonflikt hinweist. So steht die Berücksichtigung sozialer Kriterien nach Auffassung des Schulamtes in E-HAUSEN genauso wie die höheren Qualitätsanforderungen in Konflikt mit dem Ziel der sozialen Inklusion *(Soziale Kriterien vs. soziale Inklusion):*

> „Weil, die Caterer sind ja, je mehr wir verlangen – Mindestlohn, Miete, Trinkwasseruntersuchung und was sie alles zahlen müssen zu ihren Kosten, die sie ja sowieso haben – das treibt alles den Preis hoch. Und irgendwann sagen die Eltern: ‚Ich kann nicht mehr'." (Fachamt, E-HAUSEN).

Hingegen werden vergaberechtliche Hürden *(Soziale Kriterien vs. Vergaberecht)* kaum geltend gemacht; wenn überhaupt, erst auf Nachfrage und in dritter oder vierter Instanz – so etwa das vergaberechtliche Verbot, Bietern die Nutzung von Nachunternehmern zu untersagen.[8]

Insgesamt ähneln sich die untersuchten Kommunen darin, dass Arbeitsbedingungen als Vergabekriterium nachrangige Bedeutung besitzen oder sogar als Hürde für die prioritären Ziele gelten. Neben den fehlenden Ressourcen zur Kontrolle von Arbeitsbedingungen ist ein wiederkehrender Argumentationskern dabei, dass die erwartbaren Mehrkosten (die „künstliche Verteuerung" bzw. „mittelbare Subventionierung" von öffentlichen Leistungen) infolge höherer Anforderungen an die Arbeitsbedingungen als unzureichend legitimiert gelten – mal mit Blick

---

nehmen wir gerne in Kauf: Wir wollen besseres Essen für die Kinder und bessere Arbeitsbedingungen für die Mitarbeiter in den Großküchen." (D-BRÜCK, Bericht in Lokalzeitung, 20.12.2019).

[8] Auch im Schulcatering spielen Nachunternehmen eine gewisse Rolle, so auch in den untersuchten Fallstudien: So werden die Tätigkeiten vor Ort an den Schulen – also Portionierung der angelieferten Speisen, ggf. Zubereitung von Frischkost und weiteren Komponenten vor Ort; Erwärmung von Speisen, Essensausgabe, Abspülen – von den Hauptauftragnehmern zum Teil an Subunternehmen vergeben.

auf die zahlenden Eltern (E-HAUSEN, D-BRÜCK), mal mit Blick auf das Prinzip der Wirtschaftlichkeit (D-BRÜCK), mal mit Blick auf althergebrachte vergaberechtliche Grundsätze (BERLIN). Auf das modernisierte Vergaberecht wird von den Befragten in diesem Zusammenhang demgegenüber kaum Bezug genommen – weder als Impulsgeber noch als Hürde für die Verankerung sozialer Kriterien.

Im Vergleich zu den Sicherheitsdienstleistungen fällt hier auf, dass die Arbeitsbedingungen von keinem bzw. keiner der Befragten in einen *positiven* funktionalen Zusammenhang mit der Qualität der Schulverpflegung gebracht werden. Eine bessere Bezahlung, die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Ausgabekräften, oder eine höhere Qualifikation des Personals gelten nicht als Voraussetzung für die gestiegenen Qualitätsanforderungen. Ein Teil der Erklärung dürfte darin zu suchen sein, dass anders als im Falle etwa der Sicherheitsdienstleistungen die Qualitätsziele sich in erster Linie auf ein Produkt (Essen) beziehen und nicht auf interaktive Dienstleistungsarbeit – die Essensausgabe macht lediglich einen kleinen und für die Essensqualität wenig relevanten Teil der involvierten Arbeit aus. Zudem schlägt sich hier vermutlich auch das weitgehende Fehlen von verbandlichen Stellungnahmen und Selbstregulierungs-Versuchen nieder, die einen Zusammenhang zwischen Qualifikation und Arbeitsbedingungen des Personals und der Qualität ihrer Dienstleistung herstellen (s. Kap. 6). So fehlt auch den öffentlichen Auftraggebern hier eine wesentliche Argumentationsgrundlage.

7.2.3 Der ‚Gute Auftraggeber' bei den Sicherheitsdienstleistungen

Einen höheren Stellenwert genießen Rahmenbedingungen, die gute Arbeit in den beauftragten Betrieben begünstigen, unter Vergabefachkräften im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte. Dort spielen sie insbesondere dann eine Rolle, wenn von den Auftraggebern ein positiver Zusammenhang mit dem primären Ziel guter Dienstleistungsqualität wahrgenommen wird. Die grundsätzliche Befürwortung einer sozialverantwortlichen Auftragsvergabe wird also in der Regel im engen Zusammenhang mit funktionalen Argumenten genannt, wie folgende Beispiele veranschaulichen.

Vom Fachamt in E-HAUSEN werden gute Arbeitsbedingungen zunächst grundsätzlich als bedeutsam für öffentliche Aufträge betont. Anlass ist der oben angesprochene Personalmangel im Wach- und Sicherheitsgewerbe, der oftmals sehr hohe Flexibilitätsanforderungen an die Beschäftigten stelle:

> „Uns ist aber wichtig - da spreche ich jetzt auch aus persönlicher Erfahrung, ich bin selber Mitglied in der SPD zum Beispiel. Uns ist es auch wichtig, dass die Arbeitsbedingungen stimmen. Also wir wissen, der Markt ist momentan leergefegt, es gibt kein qualifiziertes Personal, das wirklich Leistung erbringen kann (…).Und wir versuchen schon, mit unseren Dienstleistern zusammen den richtigen Weg zu finden, dass auch die Arbeiter entsprechend ohne Druck arbeiten müssen (…) Am Ende: Wir haben mehr Stress damit, Mängel zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, als wenn wir im Vorfeld schon vorausschauend agieren würden und den Dienstleistern sagen: ‚Okay, ihr kriegt jetzt zwei Euro mehr die Stunde, dafür weiß ich aber, dass es am Ende auch läuft und ihr eure Mitarbeiter auch ordentlich bezahlt und die sich nicht wie auf der Flucht vorkommen müssen', zum Beispiel." (Fachamt, E-HAUSEN)

Hier wird deutlich, dass die Berücksichtigung sozialer Kriterien jedenfalls auch dem Selbstverständnis entspringt, ein ‚Guter Dienstleister' zu sein, der zugunsten einer zumindest zuverlässigen Dienstleistungsqualität ein angemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis im Blick behält.

Auch in A-BURG werden gute Arbeitsbedingungen als geeignetes Mittel zum Zweck der Behebung des Personal- und Fachkräftemangels in der Branche ausgelegt. So bemüht sich die Vergabestelle in Absprache mit dem Fachamt und den Bedarfsstellen darum, die Bewachungszeiten möglichst so zu gestalten, dass sich personalpolitische Spielräume für eine auskömmliche und für die Beschäftigten attraktive Arbeitszeit eröffnen:

> „Wenn Sie Qualität haben wollen, eine gute Leistung haben wollen im Bewachungsgewerbe, dann muss ich als Auftraggeber gucken, dass der Wachmann möglichst zehn Stunden beschäftigt ist. (…) Weil Sie haben ein Riesen-, Riesenproblem, wenn der Wachmann dann kommen soll und dann tatsächlich nur sechs Stunden beschäftigt ist. Der bleibt Ihnen nicht. (…) Wir müssen als Auftraggeber auch schauen, dass die Voraussetzung für die Firmen und auch die Mitarbeiter entsprechend gegeben ist. Und der Mitarbeiter will halt zehn Stunden arbeiten und nicht nur sechs." (Vergabestelle, A-BURG)

Seltener zu hören sind hingegen Argumente, die explizit die funktionale Notwendigkeit sozialer Kriterien bestreiten, wie sie von der Vergabestelle in E-HAUSEN geäußert werden. Nicht nur in Bezug auf landesrechtliche Vorgaben zur Förderung von Frauen fragt sich die Interviewpartnerin „Was geht mich das eigentlich auch an?" Also, wie viele Frauen der hat. Ist das jetzt für meinen Auftrag notwendig, dass da mehr Frauen als Männer arbeiten?" (Vergabestelle, E-HAUSEN). Auch von der Vorgabe von Tariflöhnen hält man hier nicht viel; dies verstoße gegen die „Kalkulations- und Unternehmenshoheit" der Unternehmen. Die Zahlung von Tariflöhnen sei vielmehr Gegenstand der Aushandlungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten, nicht jedoch Sache des Auftraggebers:

> „Da war eben das große Thema: ‚Ja, warum schreiben wir es nicht einfach vor?' - Weil uns das nichts angeht. (…) Also, wie kann ich mir jetzt als öffentlicher Auftraggeber erlauben zu sagen ‚Zahl mehr'?" (Vergabestelle, E-HAUSEN)

Die Argumentationsweise der Vergabestelle in E- Stadt stellt damit das spiegelverkehrte Gegenstück zur Bündelung grundsätzlicher und funktionaler Argumente *zugunsten* der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe dar. In dieser Perspektive treten Zweifel am Nutzen von sozialen Kriterien wie auch von Qualitätskriterien (s. Abschn. 7.1.2.2), gebündelt mit einer grundlegenden Zurückweisung des Leitbildes ‚Guten Auftraggeber' auf, mit Verweis sowohl auf die Vertragsfreiheit von Unternehmen *(soziale Kriterien vs. ordnungspolitische Schranken)* als auch auf die fehlende Passung mit dem ‚eigentlichen' Zweck der Auftragsvergabe *(soziale Kriterien vs. Bedarfsdeckung)*. Mit der Inklusion sowohl sozialer als auch qualitativer Zielsetzungen drohe die Kernaufgabe in den Hintergrund zu rücken, nämlich die transparente und wettbewerblich gestaltete Vergabe von Leistungen zur Deckung eines öffentlichen Bedarfs. Man solle, so die Gesprächspartnerin, „eher mal wieder zurückgehen: ‚Weniger ist mehr' (…) Es geht gar nicht mehr um die Sache." Auch vor dem Hintergrund fehlender Einkaufsmacht (in manchen Branchen) wird zumindest die kommunale Auftragsvergabe grundsätzlich nicht als der geeignete Ort gesehen, soziale Ziele durchzusetzen.

Entsprechende Zielsetzungen sollten daher vielmehr auf höherer politischer Ebene angegangen werden. ‚Von oben' vermisst die Gesprächspartnerin schließlich nicht nur Ziele, sondern auch konkrete und vor allem rechtssichere Vorgaben zur Ausgestaltung *(fehlendes ‚politisches Mandat')*:

> „Ich glaube auch nicht, dass wir jetzt der Anker sind, um irgendwas zu ändern. Die Vorgaben, die müssten eigentlich, finde ich, von oben kommen, wer was zu tun hat. Und nicht wir als kleiner Auftraggeber (…) Es ist jede Menge Theorie dazugekommen in den Verordnungen. Finde ich aber nicht praktikabel. Also zwischen der Theorie und Auftraggebern, die das umsetzen sollen, oder denen man das als Möglichkeit eröffnet, müsste man ja aber auch dazu geben: Wie denn? Ist wahrscheinlich Sache der Kreativität des Auftraggebers." (Vergabestelle, E-HAUSEN)

Wie bereits im Falle der Schulverpflegung veranschaulicht diese Argumentationsweise, dass zumindest dort, wo Vergabepraktiker*innen aus einer Reihe von Gründen dem ‚market engineering goal' der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe kritisch gegenüberstehen, Ermessensspielräume eben nicht begrüßt werden. Die Delegation der Lösung dieser komplexen Aufgabe an die Praxis wird hier abgelehnt und an übergeordnete politische Ebenen zurückverwiesen.

Eine solche explizite und starke argumentative Verdichtung *gegen* die Berücksichtigung sozialer Kriterien blieb unter unseren Interviewpartner*innen gleichwohl die Ausnahme. Dies bedeutet aber nicht, dass dieser Typus von Werthaltungen in der Vergabepraxis insgesamt eine Ausnahme darstellt; das können wir auf Basis unserer Fallstudien nicht einschätzen. Wohl aber veranschaulicht die ausführliche Darstellung der Argumentationsweise den Ursprung einer solchen ablehnenden Haltung: Hier dominieren Argumente, die jedenfalls auch Bestandteil des traditionellen Zielkanons der öffentlichen Auftragsvergabe sind, wie etwa die Förderung von KMU, oder die agnostische Haltung gegenüber ‚vergabefremden' Zielen („Was geht mich das an?"), oder schließlich die Fokussierung auf die Bereitstellung von öffentlichen Dienstleistungen als Kernaufgabe der Auftragsvergabe. All dies sind Werte, die auch die Gesprächspartnerin selbst dem bislang geltenden Wertekanon zuordnet. Wir interpretieren dies als Bestätigung dafür, dass die Vermarktlichung der Auftragsvergabe, im Sinne ihrer stärkeren Ausrichtung am Wettbewerbsrecht, an zuvor bestehende Werthaltungen unter Vergabepraktiker*innen jedenfalls zum Teil durchaus anknüpfen kann und sich beides wechselseitig stabilisiert. Der Unterschied zwischen solchen Werthaltungen und den unter unseren Befragten aus dem Bereich der Sicherheitsdienstleistungen weiter verbreiteten Werthaltungen, die sozialverantwortliche Auftragsvergabe als legitimes (wenn auch nicht prioritäres) Ziel einstufen, besteht insofern auch weniger darin, dass Letztere die Konflikte mit bisherigen Prinzipien und mangelnden Ressourcen negieren, sondern dass sie diese als neue Herausforderungen begreifen, für die praktikable Lösungen gefunden werden müssen. Um diese Lösungsansätze geht es in den nachfolgenden Kapiteln.

7.3 Fazit: Auftragsvergabepraxis im Ziel-Trilemma

Auch in den Verwaltungseinheiten, die mit der Auftragsvergabe im Bereich einfacher Dienstleistungen befasst sind, hat die Orientierung am Preis als einzigem oder zentralem Auswahlkriterium unseren Fallstudien nach zu urteilen an Legitimität verloren. Bei den neuen Prioritäten überwiegen klientenzentrierte Ziele, allen voran die Qualität der Dienstleistungen bzw. ihres Produktes. Während sich die Vergabepraktiker*innen im Bereich des Schulcatering vorrangig an der Essensqualität und der Zufriedenheit seitens Schüler*innen, Eltern und Schulen orientieren, sind es bei den Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte in erster Linie Ansprüche an die Seriosität und Zuverlässigkeit von Anbietern und Sicherheitspersonal sowie Qualifizierung und Sensibilität für die

Bedürfnisse und Problemlagen der Geflüchteten. In beiden untersuchten Dienstleistungsbereichen gehen Impulse für die Zielverschiebung hin zu mehr Qualität in erster Linie von der Professionalisierung der Dienstleistungen in Gestalt von spezifischen Qualitätsstandards aus. Ferner spielen, insbesondere im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte, sowohl landes- als auch kommunalpolitische Leitlinien eine Rolle, die den Vergabepraktiker*innen ein Mandat ‚pro Qualität' an die Hand geben.

Diese politischen Signale ‚pro Qualität' nehmen ihrerseits gesellschaftliche Erwartungen auf, die nicht zuletzt in öffentlichen Skandalisierungen und konkreten Beschwerden vor Ort über Schlechtleistungen zum Ausdruck kommen. In beiden Bereichen entspringt die Hinwendung zur Qualität mithin nicht zuletzt dem Motiv, sich über die qualitätsvolle Vergabe einer Dienstleistung Legitimität zu sichern, das öffentliches Ansehen der Kommune zu bewahren und sich responsiv zu den Präferenzen von Bürger*innen und Wähler*innen zu verhalten. Zudem versprechen sich manche Vergabepraktiker*innen mit der Hinwendung zur Qualität auch eine reibungslosere Abwicklung der Dienstleistungsverträge – ein weiteres pragmatisches Motiv oder zumindest ein positiver Nebeneffekt, der das neue Primat von Qualitätszielen begünstigen dürfte. Folglich beziehen sich auch viele der wahrgenommenen Herausforderungen und Handlungsdilemmata in erster Linie auf Aspekte, die eine Steigerung der Dienstleistungsqualität erschweren.

Das Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' – als vergabespezifische Version moderner Verwaltungsleitbilder, die effizientes Verwaltungshandeln, eine stärkere Kundenorientierung und die Gewährleistung guter öffentlicher Dienstleistungen ins Zentrum rücken – hat insgesamt also auch in der Vergabepraxis deutliche Spuren hinterlassen. Bildlich ausgedrückt sehen sich Vergabepraktiker*innen dabei in ihrer Vertretung des ‚Großkunden Staat' primär dem ‚Endkunden', also den Adressat*innen der öffentlichen Dienstleistungen verpflichtet.[9]

Zugleich erweitert diese qualitative Wende das bisher als Kern*dilemma* thematisierte Verhältnis von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung zu einem Ziel*trilemma*. Denn der beschriebene Zielwandel in der öffentlichen Vergabepraxis liegt in gewisser Weise quer zu diesen beiden Großtrends. *Beide* Leitbilder, die diese Großtrends widerspiegeln (‚Guter Auftraggeber' und

[9] Diese Verpflichtung kann auch überindividuelle, auf das Kollektiv der Adressat*innen bezogene Ziele beinhalten, soweit es etwa um die Sicherstellung eines fairen oder gleichen Zugangs zu diesen öffentlichen Leistungen geht (Essensverpflegung, Ziel sozialer Inklusion).

‚Hüter des Wettbewerbs'), nehmen dabei einen sekundären Platz im Wertekanon der von uns Befragten ein. Das macht sich zum einen durch eine gewisse argumentative Stille oder De-Thematisierung bemerkbar; insbesondere die Begründungsmuster in punkto sozialer Kriterien zeichnen sich weniger durch Zustimmung, Ablehnung oder Problematisierung aus, als vielmehr dadurch, dass sie wenig Gesprächsraum einnehmen. Der sekundäre Rang der beiden Leitbilder kommt außerdem darin zum Ausdruck, dass beide eher mit funktionalen Argumenten in Verbindung zum primären Ziel der Qualitätssteigerung gesetzt werden, und seltener unabhängig davon abgelehnt oder befürwortet werden. Ihr normativer Wert bemisst sich also in erster Linie daran, ob sie als Hürde oder Erfüllungsgehilfe für die Qualitätssteigerung gesehen werden. Diese funktionalen Verbindungen sind aber keineswegs durchgehend positiv oder negativ, weder im Falle des ‚Hüters des Wettbewerbs' noch im Falle des ‚Guten Auftraggebers'.

Gewährleistung von Wettbewerb – In Maßen nützlich, im Übermaß hinderlich
So nehmen auf der einen Seite Einschätzungen einen gewissen Raum ein, die auf die problematischen Seiten von unbeschränktem Wettbewerb im Allgemeinen und der wettbewerbsrechtlichen Verfasstheit der Auftragsvergabe im Besonderen verweisen. Stärker als zuvor zählt es nun zum vergabespezifischen Aufgabenverständnis, die Adressat*innen der Dienstleistungen besser vor den Zumutungen des freien Marktes in Gestalt von Anbietern qualitativ schlechter Dienstleistungen zu schützen. Dies rechtfertigt auch Einschränkungen wettbewerblicher Verfahren. Die stärkere Ausrichtung des Vergaberechts am Wettbewerbsrecht – in Gestalt zahlreicher Detailvorschriften, die die transparente, offene und diskriminierungsfreie Ausschreibung regeln – erweist sich dabei eher als Hürde. Denn für beide untersuchten Dienstleistungsbereiche sehen Vergabepraktiker*innen eine zentrale Herausforderung darin, die Qualität dieser Dienstleistungen in vergaberechtlich zulässiger, d. h. transparenter und objektiver Weise zu messen und bei der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen. Der hohe Wert, der hier dem rechtskonformen Handeln zu gemessen wird, mag zwar im traditionellen Staatdiener-Ethos seine Wurzeln haben; dieses gewinnt aber erst mit der Hinwendung zu Qualitätszielen *unter der Bedingung* der Vermarktlichung, also unter der Bedingung der wettbewerbsrechtlich durchdeklinierten Auftragsvergabe mit ihrer Vielzahl an Detailregeln, an praktischer Relevanz.

Zweifel an der Eignung wettbewerblicher Verfahren zur Gewährleistung guter Dienstleistungen können im Extremfall auch Überlegungen zur Rekommunalisierung Anlass geben, wie in je einer Fallstudie zur Schulverpflegung (D-BRÜCK) und Sicherheitsdienstleistungen (A-BURG). Eine solche weitgehende Distanzierung von den Grundsätzen der wettbewerblichen Vergabe bleibt allerdings zumindest

unter den von uns Befragten die Ausnahme. Vielmehr macht sich hier bemerkbar, dass der Wandel hin zu mehr Qualität eingefärbt ist durch die allgemeine Ökonomisierung des öffentlichen Dienstes, sowie durch den noch länger zurückreichenden Trend der Auslagerung einfacher Dienstleistungen aus dem öffentlichen Dienst. Denn die Überzeugung, dass die externe Vergabe von Leistungen und regelmäßige Neuausschreibungen grundsätzlich geboten sind, steht kaum infrage. Im Gegenteil, explizit setzen einzelne Befragte dies in einen *positiven* funktionalen Zusammenhang mit den primären Zielen. Während im Bereich einfacher Dienstleistungen lange Zeit vor allem Kostenargumente eine externe Vergabe rechtfertigten, treten nun Qualitätsargumente hinzu, eben *weil* sich ein Wandel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb vollzieht. In Übereinstimmung mit NPM-Prinzipien wird dabei der Vertrag, insbesondere darin eingelassene detaillierte Leistungsbeschreibungen, zum wichtigen Steuerungsinstrument, das staatliche Qualitätserwartungen und unternehmensseitige Qualitätsversprechen fixiert. Eine Herausforderung bleibt aus Sicht der Vergabepraktiker*innen gleichwohl, diese Qualitätsversprechen auch zu kontrollieren und durchzusetzen – ein Ziel-Ressourcen-Konflikt, der wie im folgenden Kapitel zu sehen, erheblichen Aufwand verursacht. **Auf eine Kurzformel gebracht gilt Wettbewerb *in Maßen* als funktional für die neue Qualitätsoffensive, im Übermaß hingegen – und als solche gelten uneingeschränkter Preiswettbewerb und manche vergaberechtliche Detailregelung – als dysfunktional oder zumindest als praktische Hürde.** Diese Haltung wird nach unserem Eindruck von der Mehrzahl der Befragten geteilt.

Gewährleistung guter Arbeit: Kontraproduktives Beiwerk versus nützliche Herausforderung

Unterschiedlicher sind die Positionen im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Kriterien. Hier koexistieren grundsätzlich ablehnende Haltungen und solche, die dieses Ziel in einen positiven funktionalen Zusammenhang mit der Qualitätssteigerung bringen. **Von der Vergaberechtsreform als solche gehen dabei offenbar nur schwache Signale in Richtung einer stärkeren Akzentuierung sozialer Ziele aus, oder kommen in der kommunalen Praxis jedenfalls nur begrenzt an.** Selbst dort, wo auf lokaler Ebene (auch teils unabhängig von der Reform) entsprechende Akzente in der Politik gesetzt werden, besitzen sie in den Vergabestellen und Fachämtern wenig Widerhall. Ein Teil der Befragten macht hier grundsätzliche Vorbehalte geltend. Sie verweisen dabei weniger auf das konkurrierende Ziel, den Wettbewerb möglichst offen zu gestalten, sondern stützen sich vor allem auf etablierte Berufsnormen, die dem Ziel der *Sparsamkeit* – sowohl in finanzieller als auch regulativer Hinsicht – verpflichtet sind. Die politische Vorgabe der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe steht in ihren Augen im Widerspruch zur

bisherigen apolitischen Ausrichtung des Vergaberechts, und damit einhergehend zum Verzicht auf regulatives Beiwerk, das für den Kernauftrag der vergebenen Dienstleistung nicht erforderlich erscheint, diese sogar ‚künstlich verteuert' und den Verwaltungsaufwand für die Vergabe erhöht.

Dass die Vergaberechtsreform diesen Konflikt zwischen alten und neuen Normen nicht aufgelöst, sondern an die Praxis delegiert hat, interpretieren diese Vergabepraktiker*innen entsprechend nicht als Auftrag, unter Nutzung ihrer Ermessensspielräume kreativ zu werden, sondern als Verschiebung eines Problems an den falschen Ort. Dies umso mehr, als neben Zielkonflikten auch unabweisbare Schwierigkeiten der Umsetzung hinzukommen, insbesondere mangelnde Kontrollressourcen und vergaberechtliche Detailregeln, die die Spielräume begrenzen. **Unter diesen Umständen sendet die pauschale Handlungsaufforderung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien, wie sie in Gesetzen, Verordnungen und lokalen Beschaffungsleitbildern enthalten ist, aus Sicht von Vergabepraktiker*innen mit traditionellem vergabespezifischen Berufsethos zu schwache politische Signale, um ihre aktive Mitwirkung an diesem Richtungswechsel zu fördern.** Die formale Gleichstellung der verschiedenen Ziele durch normative Aufwertung der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe auf Gesetzesebene und der pauschale Verweis auf Ermessensspielräume (Kann-Regelungen), mit dem die Ausbalancierung der Ziele an die Vergabepraxis delegiert wird, gilt diesen Vergabepraktiker*innen nicht als ausreichende Legitimationsgrundlage. **Dies ist nicht mit Illoyalität gleichzusetzen; vielmehr knüpfen die Verwaltungskräfte ihre Loyalität – also die Umsetzung von politischen Vorgaben auch gegen ihre persönlichen Überzeugungen – an die Voraussetzung einer klareren hierarchischen Richtungsentscheidung sowie detaillierter Handlungsanweisungen, wie das neue ‚market engineering goal' mit alten und neuen Prioritäten in Einklang gebracht werden kann und im Kontext des allgegenwärtigen Wettbewerbsrechts umgesetzt werden.**

Andere Befragte haben hingegen soziale Ziele in ihr eigenes Aufgabenverständnis integriert und betrachten sie als Instrument zur Sicherstellung von Qualität und reibungsloser Abwicklung. Auffallend ist dabei, dass ein positiver funktionaler Zusammenhang zwischen sozialen Zielen und Qualitätszielen insbesondere von denjenigen befragten Vergabepraktiker*innen hergestellt wird, die soziale Ziele auch grundsätzlich, also aus persönlichen politischen Einstellungen oder mit Verweis auf lokale Beschaffungsleitbilder, befürworten. **Wir interpretieren dies als Indiz dafür, dass die Überzeugung vom Nutzen sozialer Ziele häufig *politisch* induziert oder abgeleitet ist; dass hier also weniger tradierte Berufsnormen und Erfahrungen wirken, sondern *politische Vorgaben* und *außerberufliche politische Identitäten* die Suche nach und Empfänglichkeit für**

funktionale Rechtfertigungen begünstigen. Unter diesen Bedingungen können dann auch schwache politische Mandate ausreichen, um den Umgang mit den Herausforderungen der sozial verantwortlichen Auftragsvergabe in das Aufgabenverständnis zu integrieren. Denn dass es diese Herausforderungen gibt, bestreiten auch diejenigen nicht, die soziale Nachhaltigkeit als grundsätzlichen Anspruch an ihr Handeln formulieren: Dies erfolgt fast immer verbunden mit dem Hinweis auf erforderliche Kontrollen, um entsprechende Ziele nicht ins Leere laufen zu lassen und damit überhaupt erst legitimieren zu können.

Dieser zweite Typ von Werthaltungen ist in unserem Sample wahrnehmbar stärker ausgeprägt unter denjenigen, die im Bereich der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen tätig sind; wohingegen im Bereich der Schulverpflegung vereinzelt auch negative funktionale Bezüge zu den primären klientenzentrierten Zielen hergestellt werden (Arbeitsbedingungen vs. soziale Inklusion). Für diese Branchenunterschiede dürften zwei Faktoren verantwortlich sein: Zum einen der Umstand, dass es sich bei Sicherheitsdienstleistungen um eng personengebundene Dienstleistungen handelt, wo sich Fähigkeiten und Eigenschaften des Personals unmittelbar auf die Qualität der interaktiven Dienstleistungsarbeit niederschlagen, wohingegen sich im Falle der Schulverpflegung die Qualitätsmaßstäbe auf ein Produkt beziehen, die Arbeit daran aber für die Konsument*innen weitgehend unsichtbar bleibt. Um einen positiven funktionalen Zusammenhang zwischen Qualifikation oder Arbeitsbedingungen des Personals und dem Produkt herzustellen, bräuchte es gerade hier Überzeugungsarbeit, die diese Verbindung herstellt. Und hierin liegt der zweite Unterschied zwischen den beiden Branchen: Die Unternehmen und Verbände der Sicherheitsdienstleistungen stellen solche Deutungsangebote der Vergabepraxis proaktiv zur Verfügung; das gilt für die Unternehmen und Verbände in der Gemeinschaftsverpflegung deutlich weniger (s. Kap. 6). Hier macht sich also ein erster Effekt der unterschiedlichen Strategien der Interessenvertretung in den beiden Branchen bemerkbar.

Zusammenfassend ist die Zielverschiebung zugunsten einer guten Qualität staatlicher Dienstleistungen und anderer klientenzentrierter Ziele also für sich genommen weder Türöffner noch Hindernis für soziale Ziele; und gleiches gilt für die Vergaberechtsmodernisierung. **Eine von funktionalen Argumenten unabhängige Befürwortung der sozialen Auftragsvergabe, die die Sicherstellung guter Arbeitsbedingungen nicht als Mittel zum Zweck der Qualitätssteigerung, sondern grundsätzlich als *fairen Tausch* und angemessene Entlohnung für eine Tätigkeit im Dienst öffentlicher Güter betrachtet – wie dies dem Gerechtigkeitsempfinden der Beschäftigten selber entspricht** (Vogel und Pfeuffer 2019) **– erscheint in der Vergabepraxis bislang kaum verbreitet.** Verbreiteter sind hingegen Einwände, die auf Zielkonflikte mit etablierten vergaberechtlichen

Prinzipien verweisen und auf zahlreiche Ziel-Ressourcen-Konflikte (Kontrollressourcen, Problem der wettbewerbsrechtlichen Detailregeln, marktspezifische Herausforderungen wie Mangel an Fachkräften und seriösen Firmen). **Nur wenn eine positive funktionale Verbindung zwischen sozialen Zielen und Qualität hergestellt wird, werden diese Herausforderungen angenommen und als Handlungsauftrag in das eigene Aufgabenverständnis integriert. Eine Voraussetzung oder jedenfalls ein begünstigender Faktor dafür, dass diese positiven Verbindungen gezogen werden, sind gerade im Bereich der einfachen Dienstleistungen auch die entsprechenden Deutungsangebote seitens organisierter Interessenvertretungen.**

Literatur

Bader, S. (2016, 9. September). *Vorwürfe gegen Sicherheitsdienste in Bochumer Flüchtlingsunterkunft.* WDR. http://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/bochum-wachleute-nicht-bezahlt-100.html

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2017). *Flüchtlingshype geht zu Ende – Wettbewerbsdruck nimmt zu.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 27.10.2017).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2018a). *Sicherheitswirtschaft: Lohnsteigerungen zum Jahresbeginn und Personalmangel*. Bad Homburg (Pressemittelung vom, 8.1.2018a)

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2018b). *Sicherheitsbranche: Trotz Umsatzrückgang – Arbeitskräftemangel wird immer größer.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 26.3.2018b).

Böcking, D. (2014). *European Homecare. „Schlagkräftiges Team" für die Flüchtlingsbetreuung.* Spiegel Online, 29.9.2014). http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/burbach-fluechtlingsheimbetreiber-european-home-care-in-der-kritik-a-994441.html.

Briken, K. (2011). *Produktion von „Sicherheit"? Arbeit im Bewachungsgewerbe.* (Arbeit und Soziales Arbeitspapier 222). HBS, Düsseldorf.

Dowideit, A. (2016): Billigste Sicherheitsdienste bewachen Flüchtlingsheime. Die Welt, 9.6.2016. https://www.welt.de/politik/deutschland/article156070105/Billigste-Sicherheitsdienste-bewachen-Fluechtlingsheime.html

Faigle, P. (2014). Billige Bewacher. *Zeit Online*, 28.10.2014. https://www.zeit.de/wirtschaft/2014-10/fluechtlingsheime-sicherheitsfirmen

Geitel, O.-M. (2018, 20. September). *Ausschluss eines Bieters aufgrund schlechter Erfahrungen in der Vergangenheit: OLG Düsseldorf positioniert sich zu den Anforderungen* (Vergabeblog.de Nr. 38470, 20.9.2018). https://www.vergabeblog.de/2018-09-20/ausschluss-eines-bieters-aufgrund-schlechter-erfahrungen-in-der-vergangenheit-olg-duesseldorf-positioniert-sich-zu-den-anforderungen-olg-duesseldorf-beschl-v-28-03-2018-vii-verg-49-17/ .

Müller, K. & Schröder, C. (2016). Boom des privaten Sicherheitsgewerbes. Kaum Kontrolle über Wachleute in Flüchtlingsunterkünften. *Zeitschrift Bürgerrechte & Polizei/CILIP*, *111*(3), 17–24.

Rech, A. (2015). *Nichts sehen, nichts hören, nichts sagen. Sicherheitsbeschäftigte in Asylbewerbereinrichtungen sind am Limit!* Blogbeitrag auf ‚Wasi-NRW – Das Netzwerk für Sicherheitsbeschäftigte in NRW, 6.10.2015' . http://wasi-nrw.de/nichts-sehen-nichts-hoeren-nichts-sagen.

Rech, A. (2016). *Flüchtlingsunterkünfte: Keine Besserung in Sicht.* Blogbeitrag auf ‚Wasi-NRW – Das Netzwerk für Sicherheitsbeschäftigte in NRW', 6.7.2016. http://wasi-nrw.de/fluechtlingsunterkuenfte-keine-besserung-in-sicht.

Soudry, D. (2019). *Der Ausschluss wegen Schlechtleistung nach neuem Vergaberecht* (Vergabeblog.de Nr. 40143, 18.3.2019). https://www.vergabeblog.de/2019-03-18/der-ausschluss-wegen-schlechtleistung-nach-neuem-vergaberecht/.

Vogel, B. & Pfeuffer, A. (2019). Wertschätzungskonflikte statt Jobkultur. Arbeiten und Arbeitshaltungen im öffentlichen Sektor. In D. Graß, H. Altrichter & U. Schimank (Hrsg.), *Governance und Arbeit im Wandel. Bildung und Pflege zwischen Staat und Markt* (Bd. 29, S. 75–91). Wiesbaden: Springer VS.

8 Qualitative Wende in der Auftragsvergabe: Neue Entscheidungsstrukturen und -strategien auf dem Weg zu ‚mehr Qualität'

Wie gesehen begreift zumindest ein Teil der Verwaltungsmitarbeiter*innen auch die Qualifikation und Arbeitsbedingungen des Personals von beauftragten Firmen als einen Ansatzpunkt für eine qualitative Wende bei der Vergabe wenig komplexer Dienstleistungen. Die Zustimmung zu bestimmten Zielen ist für sich genommen aber noch kein Garant für Praktiken, die diese Ziele auch umsetzen. Darum soll es nun in diesem und im nachfolgenden Kapitel gehen. Um das Vorgehen der Behörden zu verstehen, ist es auch hier erforderlich, ihre Praktiken in Bezug auf soziale Kriterien im Gesamtkontext zu betrachten, also zu fragen, wie sie sich in den Wandel zugunsten einer höheren Qualität von Dienstleistungen einschreiben. Bevor im nachfolgenden Kapitel die spezifischen Strategien und Aushandlungsprozesse im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen näher in den Blick genommen werden, liegt der Fokus daher in diesem Kapitel zunächst auf den Vorgehensweisen und Lernprozessen der Verwaltung in ihrem Bemühen, sich zugunsten der Dienstleistungsqualität vom ‚Diktat des billigsten Preises' zu entfernen, sowie auf den Schwierigkeiten und Gelingensbedingungen für diese Lernprozesse.

Von zentraler Bedeutung ist dabei ganz allgemein die Ausstattung der Verwaltungsakteure mit Ressourcen. Wie vielfach für die klassischen Dienstleistungsbereiche der ‚street level bureaucracy' herausgearbeitet worden ist, haben sich dort chronisch knappe Geldmittel und Sparziele, gepaart mit steigenden Fallzahlen und komplexeren sozialen Problemen, spätestens seit den 1980er Jahren vor allem in einen Mangel an *zeitlichen* Ressourcen übersetzt, die den Fachkräften für ihre Aufgaben zur Verfügung stehen. Die Fachkräfte bewirtschaften diesen Mangel mit sehr verschiedenen Routinen und Strategien, um alltagstaugliche Kompromisse zwischen den eigenen Kapazitäten, professionellen Normen und Organisationsvorgaben zu finden.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_8

In der Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe ist vor allem *Expertise* eine zentrale und zugleich knappe Ressource, und zwar sowohl rechtliche Expertise als auch fachliche Expertise zur jeweils ausgeschriebenen Leistung und den dazugehörigen Marktstrukturen. Auch von dieser Ressource oder dem Umgang mit ihr ist anzunehmen, dass sie die Strategien von Kommunen und einzelnen Vergabebeauftragten bei der Umsetzung ihrer vergabespezifischen Ziele prägen. So gehen Sack et al. (2016) davon aus, dass die Bündelung von Expertise durch eine Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen auch die Bereitschaft und Kompetenzen auf Seiten des Verwaltungspersonals zur Umsetzung sozialer Ziele in der Auftragsvergabe fördern. Diese Zentralisierung bietet „die Möglichkeit für das Personal, sich weit überwiegend, wenn nicht gar ausschließlich auf diese Verwaltungstätigkeit einzulassen, sich entsprechend zu schulen, und damit um die unterschiedlichen Möglichkeiten zu wissen, rechtsfeste Vorgaben durchzusetzen. Darüber hinaus wird ein besonderes professionelles Ethos ausgebildet" (Sack et al. 2016, S. 75). Die Spezialisierung und Schulung versetzt das Personal demnach in die Lage, sich auch im Anblick klagebereiter Unternehmen vom „einfachsten Verfahren mit der höchsten Rechtsfestigkeit" (ebda.) – also der Vergabe nach dem niedrigsten Preis – zu lösen und neue Wege zu beschreiten.

Diese plausible Annahme ist, wie in Kap. 6 gesehen, ein weithin geteilter Konsens. Sowohl in Deutschland, wie auch in vielen anderen Ländern, ist die Professionalisierung und Zentralisierung der Vergabepraxis zudem ein realer Trend, wie im Folgenden auch noch zu sehen sein wird. Auf der anderen Seite sprechen verschiedene Überlegungen gegen einen allzu engen und unidirektionalen Zusammenhang zwischen Professionalisierung und Innovationen zugunsten strategischer, einschließlich sozialer Ziele. Denn zum einen haben unsere Auswertungen im vorigen Kapitel verdeutlicht, dass die vergaberechtliche Professionalisierung aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Prägung des Vergaberechts in der administrativen Praxis auch das *Bewusstsein und Wissen um wettbewerbsrechtliche Hürden* für eine qualitativ ausgerichtete Auftragsvergabe erhöht. Dies kann zumindest theoretisch die Entwicklung neuer Praktiken hemmen oder auch bisherige (nun als rechtswidrig erkannte) Praktiken unterbinden, die den Bieterwettbewerb in der Vergangenheit beschränkt und damit faktisch den Druck auf Arbeitsbedingungen reduziert haben. Ein weiteres Argument weckt Zweifel daran, dass die vergaberechtliche Professionalisierung, also der Aufbau von Expertise für *vergaberechtskonformes Handeln,* für sich genommen Verfahrensinnovationen fördert: Die dynamische Rechtsentwicklung und der damit verbundene chronisch unvollständige Charakter vergaberechtlicher

Expertise dürfte dazu beitragen, dass trotz Zentralisierung und Professionalisierung gerade in der Vergabepraxis das Handeln unter Unsicherheit ein zentrales Merkmal von Entscheidungsprozessen bleibt.

Nun ist das Handeln unter Unsicherheit kein Spezifikum der Vergabepraxis, sondern wird von Seiten der Verwaltungswissenschaft angesichts einer zunehmenden Volatilität und Komplexität von Sachlagen in der jüngeren Zeit als Merkmal von Verwaltungshandeln allgemein thematisiert (u. a. Winkler 2014; Hill 2018). Unter diesen Umständen kann sich die Verwaltung zwar verschiedener Mittel bedienen, um Wissensdefizite auszugleichen, etwa den Rückgriff auf die Expertise Dritter. Ein ‚agiles', fehlertolerantes und experimentelles ‚Auf Sicht'-Fahren, das ebenfalls als angemessene Strategie im Umgang mit Unsicherheit empfohlen wird, kollidiert allerdings grundsätzlich mit dem traditionellen Verwaltungshandeln:

> „Indessen sind Experimente und die häufig geforderte ‚Fehlerfreundlichkeit' kein Wesensmerkmal der öffentlichen Verwaltung. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit drängt eher nach sorgfältiger und umfassender Prüfung und Abwägung bis hin zur Perfektion, häufig gepaart mit Absicherung." (Hill 2018, S. 165)

Dies wirft die empirische Frage auf, wie Kommunen und Vergabepraktiker*innen mit dieser doppelten Herausforderung umgehen, also der notwendigen Aneignung von Expertise für vergaberechtkonformes Handeln und dem Umgang mit dennoch verbleibender Rechtsunsicherheit; und wie beides sich auf die Strategien zugunsten von ‚mehr Qualität' auswirkt.

Unser empirisches Material bietet reiches Anschauungsmaterial für diese Fragen. Denn die beiden Branchen, die hier im Fokus stehen, haben in punkto Professionalisierung der Auftragsvergabe Nachholbedarf. Anders als im Falle komplexer Leistungen (beispielsweise IT–Dienstleistungen) oder Leistungen mit hohem Auftragsvolumen (beispielsweise Bauleistungen) sind die administrativen Kapazitäten für die Auftragsvergabe bei diesen beiden standardisierten Leistungen mit eher geringem Auftragsvolumen vergleichsweise schwach ausgebaut und erst in jüngerer Zeit im Aufbau begriffen. Das gilt insbesondere für die Schulverpflegung, aber auch für den stark gewachsenen Teilbereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte, den wir hier näher in den Blick nehmen.

Die folgenden Ausführungen erläutern zunächst die Veränderungen in den Entscheidungsstrukturen in der kommunalen Auftragsvergabe (Abschn. 8.1). Die Fallstudien erlauben dabei einen detaillierteren Blick auf die Veränderungen, die

mit der verwaltungsseitigen Professionalisierung einhergehen, und arbeiten unterschiedliche Herangehensweisen heraus, wie sich die Kommunen neue Entscheidungsspielräume zugunsten einer Vergabe nach Qualitätsgesichtspunkten auch unter der Bedingung von Rechtsunsicherheit erschließen. Diese Herangehensweisen prägen ihrerseits auch die detaillierten Praktiken der qualitätsorientierten Auftragsvergabe (Abschn. 8.2) Hier dokumentieren die Fallstudien eine relativ große Bandbreite an Verfahrensinnovationen, mit denen der Preiswettbewerb eingeschränkt wird. Anders als in der Schulverpflegung liegt das Augenmerk bei den Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte dabei auch auf dem Personal als Dreh- und Angelpunkt von Qualität.

8.1 Strukturen: Professionalisierung im Spannungsfeld von Rechtskonformität und Rechtsunsicherheit

Die Anforderung nach einer Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung, die, wie beschrieben, von verschiedenen Seiten an die Kommunen in Deutschland herangetragen wird (s. Kap. 6), hat in einem breiten Umfang auch eine Reorganisation kommunaler Verwaltungsstrukturen und -abläufe ausgelöst (OECD 2019). Dies schließt allen voran die Zentralisierung von Kompetenzen und Beschaffungsvorgängen ein. Zum einen haben viele Kommunen zwecks Bündelung der vergaberechtlichen Expertise *zentrale Vergabestellen* eingerichtet. Sie beraten und unterstützen die verschiedenen *Fachämter* in der Kommunalverwaltung bei der Ausgestaltung und Durchführung von Vergabeprozessen, prüfen Vergabedokumente auf ihre vergaberechtliche Zulässigkeit, treten zum Teil auch als Ansprechpartner für die Bieter auf, und unterstützen schließlich Fachämter im Falle vergaberechtlicher Rügen und Beschwerden von Bietern. Zudem sind sie typischerweise dafür zuständig, den Wandel von Vergabegesetzen und Richtlinien zu beobachten und intern zu kommunizieren. Die Einrichtung einer separaten Instanz, die neben dem jeweiligen Fachamt für die ordnungsgemäße Durchführung von Vergabeverfahren zuständig ist, dient zur Erhöhung der juristischen Expertise, aber auch als Beitrag zur Vorbeugung von Korruption. Die Fachämter sind demgegenüber gemeinsam mit den Bedarfstellen, für die die Leistung ausgeschrieben wird (bspw. eine Schule, für die Schulverpflegungsleistungen benötigt werden), für die Bedarfserhebung und exakte Beschreibung der einzukaufenden Leistung, sowie für die fachliche Bewertung der Angebote zuständig.

Neben Fachabteilungen, Bedarfstellen und zentraler Vergabestelle sind darüber hinaus inneradministrativ zwei weitere Akteure zumindest mittelbar an den Vergabeprozessen beteiligt, die über Rechtskonformität und haushaltsrechtliche

Prinzipien wachen. Dies ist zum einen die *kommunale Rechnungsprüfung,* zu deren Aufgaben je nach landesrechtlichen und örtlichen Regelungen auch die Prüfung von Vergaben unter dem Aspekt der Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Mittelvergabe zählen kann (Fiebig und Zeiss 2018, S. 63 f.). Dabei besitzt die Rechtmäßigkeit – also die Konformität mit dem Vergaberecht – Vorrang vor der Wirtschaftlichkeit (ebda., S. 352).

Mit der Einführung des subjektiven Bieterschutzes durch die europäischen Vergaberichtlinien sind zudem seit Ende der 1990er Jahre die *Vergabekammern* und *Vergabegerichte* als Akteure hinzugetreten. Diese werden zwar erst zum Ende des Verfahrens und nur bei Bieterbeschwerden aktiv. Je nachdem wie häufig es zu Klagen kommt, dürfte diese Prüfmöglichkeit aber von den Akteuren mehr oder weniger stark antizipiert werden, und bereits bei der Ausgestaltung der Vergabeprozesse die Orientierung am Prinzip der Rechtskonformität verstärken. Denn die schwerwiegenden Konsequenzen im Falle einer Einschaltung der Vergabekammern legen es nahe, vergaberechtliche Angriffsflächen zu minimieren. Selbst wenn am Ende rechtskonformes Verhalten festgestellt wird, bringt bereits die Einleitung des Nachprüfungsverfahren für den Auftraggeber neben dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand noch eine weitere, im Einzelfall sehr unangenehme Begleiterscheinung mit sich: Er darf nämlich (nach § 115 Abs. 1 GWB) bis zum Ende der Beschwerdefrist nach der Entscheidung der Vergabekammer keine Zuschlagsentscheidung treffen. Dadurch droht sich die Aufgabenerfüllung zu verzögern – was im Falle der untersuchten Branchen eine relativ hohe Anzahl von Personen und Einrichtungen betreffen kann, die dann ohne Mittagessensverpflegung (Schulen) oder ohne Sicherheitsdienstleistungen (Flüchtlingsunterkünfte) auskommen müssen. Neben den praktischen Folgeproblemen durch den Leistungsausfall und dem erhöhten Verwaltungsaufwand für die Ausschreibung droht dadurch auch ein hoher immaterieller Schaden (Legitimitätsverlust) für die kommunale Politik und Verwaltung.

Die institutionellen Strukturen setzen also für das Verwaltungspersonal, das mit Auftragsvergaben betraut ist, starke Anreize, sich an den alten vergaberechtlichen Prinzipien der Rechtskonformität und der Wirtschaftlichkeit zu orientieren – Voraussetzungen, die zumindest in der Vergangenheit eine Vergabe nach dem niedrigsten Preis eher begünstigt haben. Inwieweit eine stärkere Professionalisierung des Verwaltungspersonals dieses in die Lage versetzt, innerhalb dieser Strukturen neue Wege zu beschreiten, soll nun für unsere beiden Dienstleistungsbereiche anhand von Fallstudien näher untersucht werden.

Die Fallstudien beleuchten, dass neben der *Zentralisierung* von Entscheidungskompetenzen weitere Trends, wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß,

die verwaltungsseitigen Organisationsstrukturen und -abläufe verändern: insbesondere eine *Standardisierung von Vergabeunterlagen,* eine *konsultative Öffnung* und teilweise auch *Politisierung* von Entscheidungsprozessen. Diese prägen auch die Strategien zur Bewirtschaftung der Ressource ‚Expertise' und schlagen sich in unterschiedlichen Herangehensweisen im Umgang mit der doppelten Herausforderung Rechtskonformität und Rechtsunsicherheit nieder. Dabei zeigt sich, dass eine Strategie der maximalen Absicherung mithilfe vergaberechtlicher Expertise (‚*Perfektionismus*') keineswegs innovationshemmend sein muss, dass jedoch auch bei anderen Varianten (‚*progressiver Pragmatismus*') Handlungsblockaden überwunden werden können.

8.1.1 Das Beispiel Schulverpflegung

Als Kontrastfolie, aber auch zur empirischen Einordnung der Reorganisation von Vergabeprozessen in der Schulverpflegung, hilft zunächst ein Blick auf den Status quo ante. Bis vor 10–15 Jahren war es in den untersuchten Kommunen üblich, dass die Schulen selber für die Suche und Auswahl eines Essensanbieters zuständig waren oder diesen aus einer vom Schulamt erstellten Liste geeigneter Caterer auswählten; das Schulamt fungierte in beiden Fällen dann lediglich als Vertragspartner. In einem Fall (C-FURT) beruhte die Essensversorgung laut Schulamt zum Teil sogar auf rein mündlichen Absprachen zwischen Schule und lokalem Anbieter. Auch die Vertragslaufzeiten waren oftmals länger als die nach Vergaberecht zulässigen 3–4 Jahre[1], oder wurden ohne neue wettbewerbliche Vergabe immer wieder verlängert.

Eine solche starke Dezentralisierung und geringe Formalisierung mag zwar ein Auslaufmodell sein, scheint aber auch in der Gegenwart keine Ausnahme zu sein. In einer der Fallstudien-Kommunen (E-HAUSEN) liegt die Bieterauswahl zum Untersuchungszeitpunkt hauptsächlich weiter bei den Schulen; hier stehen durch die Einführung der neuen kommunalen Vergabeordnung, die die neuen Vergaberichtlinien umsetzt, gerade erst Veränderungen an.[2] Demgegenüber ist die

[1] Genau genommen handelt es sich hier um eine Konvention bzw. weit verbreitete Rechtsauffassung; die einschlägigen EU-Richtlinien wie auch deutschen Gesetze und Richtlinien lassen hier größere Spielräume zugunsten längerfristiger Verträge (Willweber 2016).

[2] Zudem berichten Gesprächspartner*innen mehrerer Fallstudien-Kommunen immer wieder von ihren Erfahrungen mit weit weniger formalisierten Ausschreibungen im ländlichen Umfeld der Fallstudien-Städte; ähnliches zeigen Umfrage-Ergebnisse (z. B. Verbraucherzentrale Thüringen/Vernetzungsstelle Schulverpflegung Thüringen 2017)

Reorganisation der Schulverpflegung in den anderen drei untersuchten Städten bereits weiter fortgeschritten.

Die nachfolgende Tab. 8.1 gibt zunächst einen Überblick über die aktuellen Entscheidungsstrukturen und Verfahrensweisen in den untersuchten Kommunen, die im weiteren Verlauf des Abschnitts näher erläutert werden. Die Einstufung als ‚gering', ‚mittel' und ‚hoch' bezieht sich dabei zunächst nur auf den Binnenvergleich zwischen den Kommunen; soweit als möglich nehmen wir anhand von weiteren Quellen im Text eine Einschätzung vor, inwieweit diese Praktiken auch im gesamtdeutschen Vergleich in der jeweiligen Dimension als ‚gering' oder ‚hoch' einzustufen sein dürften.

8.1.1.1 Professionalisierung und Standardisierung: Vergabemanager*innen als Intermediäre

In den drei Kommunen, wo die Zentralisierung und Professionalisierung weiter fortgeschritten ist, umfasst sie einerseits den Übergang zu einer regelmäßigen wettbewerblichen Vergabe, also einer Neuausschreibung alle 3–4 Jahre. Die Ausschreibungen erfolgen dabei zum Teil gebündelt für mehrere oder sogar alle Schulen, wobei sich Bieter in der Regel auch nur auf einzelne Teillose (=Schulen) bewerben können. Begleitet wird dies durch den bereits einleitend skizzierten Auf- oder Ausbau von zentralen Vergabestellen. Zudem werden die Entscheidungskompetenzen in einer weiteren Hinsicht zentralisiert, nämlich von den Schulen (Bedarfsstellen) auf die Schulämter übertragen. Die Schulämter sind nun als Fachämter für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und die Bewertung der eingegangenen Angebote zuständig. Sie stehen dabei für die vergaberechtliche Prüfung und Beratung aber in mehr oder weniger engem Austausch mit den zentralen Vergabestellen. Zudem bleiben auch die Schulen bzw. Eltern – und damit vergaberechtliche Laien – weiterhin in die Bewertung der Angebote einbezogen, nun allerdings auf vergaberechtlich konforme Weise; eine Herausforderung, auf die unten noch näher einzugehen sein wird.

Das zuständige Personal in den Fachämtern verfügt in den untersuchten Kommunen mehrheitlich über eine allgemeine Verwaltungsausbildung ohne besondere vergabespezifische Kenntnisse; zum Teil sind hier auch Quereinsteiger*innen mit fachfremder Ausbildung (z. B. eine Bibliothekarin) tätig. Hinsichtlich ihrer Ausstattung mit vergaberechtlicher Expertise nehmen die Vergabezuständigen in den Fachämtern also eine Mittelstellung ein – zwischen den vergaberechtlichen Laien (Schulen/Eltern) einerseits und den vergaberechtlichen Expert*innen in den zentralen Vergabestellen und teilweise weiteren übergeordneten Behörden andererseits. Das Kooperationserfordernis mit beiden Seiten versetzt sie zudem

Tab. 8.1 Entscheidungsstrukturen und Umgang mit Rechtsunsicherheit: Schulverpflegung

	E-HAUSEN	D-BRÜCK	BERLIN	C-FURT
Zentralisierung	*gering* losweise Vergabe, Bieter-Auswahl faktisch durch Schulen	*mittel/hoch* gebündelte und zentralisierte Vergabe durch Fachamt	*hoch* gebündelte, losweise Vergabe durch Fachamt, starke Steuerung durch Landesbehörde	*mittel* gebündelte, losweise Vergabe durch Fachamt, hohe Autonomie des Fachamtes
Standardisierung	*gering*	*mittel* Leistungsverzeichnis, durch Fachamt erstellt	*hoch* Musterunterlagen, durch oberste Landesbehörde erstellt	*mittel* Musterunterlagen, durch Fachamt erstellt
Politisierung	*gering*	*mittel/hoch*	*hoch*	*gering*
Rolle externer Expertise*	*gering*	*mittel* punktueller Einbezug von VNS; Qualitätszirkel unter Mitwirkung von Eltern + Schulen	*hoch* Einbezug von Vergaberechtskanzlei, Elternvertretungen, VNS	*mittel* Einbezug von VNS + ‚peers' aus anderen Kommunen bei Standardisierung
Umgang mit Unsicherheit	*‚Tiefflug'*	*‚Pragmatismus'*	*‚Perfektionismus'*	*‚Pragmatismus'*

*einschl. verwaltungs*interner* Expertise, die über engen Kreis der Entscheidungsträger* innen hinausgeht
Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis qualitativer Fallstudien.

in eine Art Mittlerrolle, verlangt ihnen also die Kompetenz zur wechselseitigen Vermittlung der beiden Perspektiven ab.

Ähnliches gilt im Prinzip auch für die fachliche Expertise, in deren Ausbau die Kommunen ebenfalls investieren. Denn für die Erstellung der detaillierten Leistungsbeschreibungen und die Kontrolle der Leistungen sind genaue Kenntnisse der Produktionsprozesse und diesbezüglicher Standards (hier: vor allem Hygiene- und ernährungsphysiologische Standards) erforderlich. Diese fachliche Expertise wird aber nicht in den Fachämtern angesiedelt, sondern in den Gesundheitsämtern; so werden in zwei Fallstudienkommunen (C-FURT und BERLIN) zusätzliche Ökotropholog*innen für die Schulverpflegung eingestellt. Mit diesen Expert*innen müssen die Fachämter ebenfalls bei der Erstellung der Vergabeunterlagen in den Austausch treten. Zugleich sind diese fachlichen Qualitätsstandards auch den Schulen zu vermitteln, um sie zu einer Mitwirkung bei der Bewertung der eingegangenen Angebote zu befähigen.

Im Unterschied zum Weber'schen Berufsbeamten zeichnet sich das Anforderungsprofil der Vergabekräfte in den Fachämtern also nicht in erster Linie durch ihre spezialisierten Wissensbestände aus, sondern durch die Aufgabe, unterschiedliche Wissensbestände und Wünsche, und auch unterschiedliche Niveaus von Wissensbeständen (Experten vs. Laien), zu verbinden. Sie sind, mit anderen Worten, Intermediäre, die in einem multiprofessionellen Kontext die Fäden zusammenführen müssen.

Neben diesem Neuzuschnitt von Kompetenzen und Aufgabenprofilen ändern sich aber auch die Verfahrensabläufe recht stark, insbesondere durch eine *Standardisierung* der Entscheidungsprozesse. Wenngleich in Inhalt und Detaillierungsgrad unterschiedlich, sind alle vier untersuchten Kommunen dazu übergegangen, standardisierte Leistungsverzeichnisse oder ganze Musterausschreibungsunterlagen zu entwickeln. Diese müssen also nicht für jedes einzelne Verfahren immer wieder von Grund auf neu erarbeitet werden. Die Standardisierung kommt insofern einer prozeduralen Zentralisierung gleich.

In diesen standardisierten Ausschreibungsunterlagen fließen verschiedene Ziele zusammen: Sie dienen einerseits der Vereinheitlichung von Vergabeverfahren[3]. Insbesondere wird die Standardisierung aber genutzt, um nicht bloß *einheitliche* Standards, sondern *gestiegene* Ansprüche an vergaberechtliche und

---

[3] Insofern lassen sie sich auch als Beitrag zur Reduzierung von Transaktionskosten für die Bieter interpretieren, da diesen so die Anpassung an je nach Ausschreibung variierende Vorgaben und Formulare erspart bleibt. Allerdings ergeben unsere Interviews mit Firmenvertreter*innen, dass die Bieter diese Standardisierung keineswegs durchgehend als Entlastung wahrnehmen, weil mit der Verankerung der gestiegenen vergaberechtlichen und fachlichen Standards zugleich der Umfang der zu bearbeitenden Unterlagen steigt. Im Vergleich mit

fachliche Standards in den Ausschreibungsprozessen zu verankern. Zum Dreh- und Angelpunkt wird dabei eine detailliertere Beschreibung des Vertragsgegenstandes. Zuvor enthielten die Verträge mit den Caterern nach Darstellung mehrerer Interviewpartner lediglich einige Kernangaben zu Essens-Mengen, sowie organisatorischer und finanzieller Abwicklung, jedoch kaum zu den Eigenschaften der Leistung selbst.

> „Also seinerzeit sind auch die Ausschreibungsbedingungen der Stadt relativ simpel gewesen. So ungefähr, ‚Wir geben bloß mal ein paar Rand-Parameter, ihr macht das schon. Und euer Angebot akzeptieren wir, was auch immer ihr macht'. Ich habe das dann mal alles ein bisschen strukturiert und in die Hand genommen und von Anfang [an] auch in Zusammenarbeit mit den beteiligten Akteuren hier geführt. (…) Und mit jeder Ausschreibung wieder ein Stückchen angebaut und erweitert in unserem Aufgabendefinitions-Portfolio." (Schulamt, D-BRÜCK)
> „(…) und alle Vertragsunterlagen waren im Prinzip Schrott, also überhaupt nicht die Leistung beschrieben. Da gab's noch ein bisschen eine Prosabeschreibung: ‚Es gelten die Kriterien für die Deutsche Gesellschaft für Ernährung', aber es wurde gar nicht detailliert beschrieben, was die leisten." (Schulbehörde, BERLIN).

Beide Zitate veranschaulichen, dass hier verschiedene Prozesse ineinandergreifen und sich gegenseitig verstärken: Die unterdeterminierte Leistungsbeschreibung wird zum einen als Hindernis für die Dienstleistungsqualität wahrgenommen und gerät insofern infolge der Professionalisierung der Gemeinschaftsverpflegung ins Visier. Sie verstößt aber auch gegen grundlegende Prinzipien einer professionellen Beschaffung, zu der die Leistungssteuerung und -kontrolle auf Basis präziser vertraglicher Vereinbarungen zählt.

Die Standardisierung der Ausschreibungsunterlagen ergänzt insofern den Aufbau der verwaltungsinternen Expertise; sie kommt nicht nur einer prozeduralen Zentralisierung, sondern auch Professionalisierung der Vergabe gleich. Zum Teil wurde sie sogar ganz bewusst mit Blick auf die begrenzte Expertise auf Ebene der Fachämter und einzelner Vergabestellen vorangetrieben. So waren in BERLIN bei der Erstellung von Musterausschreibungsunterlagen für die Ausschreibungsrunde im Jahr 2014 auch die zu diesem Zeitpunkt geringen vergaberechtlichen Kompetenzen des Verwaltungspersonals in den Bezirken

---

einem dezentralen ‚Wildwuchs' bei der Ausgestaltung anspruchsvollerer Ausschreibungsunterlagen mögen einheitliche Unterlagen zumindest auf kommunaler Ebene also eine Entlastung darstellen, nicht aber im Vergleich zum Status quo ante, wo die Unterlagen offenbar oftmals sehr sparsam ausgestaltet waren und den Bietern weniger Aufwand für die Erstellung eines Angebots abverlangten.

> „der Auslöser, dass wir gesagt haben, wir brauchen eine Musterausschreibung für alle und die wird von einer Vergaberechts-Anwaltskanzlei für alle bearbeitet.“ (Schulbehörde, BERLIN)

Hier habe zuvor aus vergaberechtlicher Sicht zum Teil das „blanke Chaos“ regiert (Wirtschaftsbehörde, BERLIN). Insbesondere eine weiterhin starke Delegation der Anbieterauswahl an die Schulen habe in der ersten Phase nach dem Übergang zu stärker formalisierten Ausschreibungen (ab Mitte der 2000er Jahre) mitunter zu Nachprüfungsverfahren geführt, die bis zum zuständigen Oberlandesgericht gingen.

Die Beauftragung einer spezialisierten Anwaltskanzlei mit der Erstellung der Musterausschreibungsunterlagen ist dabei nur eine Variante im Umgang mit Rechtsunsicherheit, wie weiter unten noch zu sehen sein wird. In zwei Hinsichten ähneln sich jedoch die Prozesse der Standardisierung in den untersuchten Kommunen: Zum einen entwickeln sich diese Standards auch als Ergebnis von Lernprozessen, in die Erfahrungen vorangegangener Ausschreibungsrunden einfließen (im Falle von BERLIN: Erfahrungen mit Gerichten und klagebereiten Unternehmen). Zum zweiten gehen sie mit einer Öffnung der Entscheidungsprozesse für verwaltungsexterne Akteure (in BERLIN: u. a. eine Anwaltskanzlei) einher.

8.1.1.2 Konsultativ-partizipative Öffnung und Politisierung

Eine solche konsultative Öffnung der Entscheidungsprozesse kommt auch in dem oben aufgeführten Zitat aus D-BRÜCK zum Ausdruck, welches die schrittweise Weiterentwicklung des „Aufgabendefinitions-Portfolios“ beschreibt. Im Laufe dieses Prozesses wurden dort sowohl die Ausschreibungsunterlagen präziser gefasst, als auch ein Format zur Einbeziehung verschiedener Beteiligter entwickelt: Halbjährlich findet ein Austausch zwischen Schüler- und Elternrat, Gesundheits- und Lebensmittelüberwachungsamt, beauftragtem Caterer und Schulamt über die aktuelle Verpflegungssituation statt. Dies dient sowohl dazu, Wissen und Wünsche der Beteiligten ex ante einzubeziehen, also in Vorbereitung der Ausschreibungen, als auch als fortlaufendes System des Qualitätsmanagements, das Detailfragen und Probleme bei der Umsetzung des Auftrags zu klären hilft.

Ebenso illustriert das Vorgehen in C-FURT die Öffnung für externe Expertise und die Akkumulation von Erfahrungswissen: Für die Durchführung des ersten Vergabeverfahrens im Rahmen des Pilotprojektes und bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen erhielt das Schulamt wichtige Unterstützung von der regionalen Vernetzungsstelle Schulverpflegung, wie auch von eigenen ‚peers‘, also

Verwaltungseinheiten anderer Kommunen mit gleicher Funktion. Die zuständige Verwaltungsmitarbeiterin habe

> „dann auch ganz viel aus dem Netz geholt, von anderen Städten. Und wir sind auch in [Nachbarstadt] zum Beispiel gewesen, haben uns informiert, wie die in [Nachbarstadt] die Ausschreibungen machen. Und so hat sich das dann von ganz klein entwickelt.“ (Schulamt, C-FURT)

Gestützt wird die Öffnung aber auch durch eine *Politisierung* der Prozesse: Gerade dort, wo, wie in D-BRÜCK und BERLIN, Eltern- und Schülervertretungen das Thema Essensqualität öffentlichkeitswirksam problematisieren, wird ihre Einbindung in die Erarbeitung neuer Verfahren bewusst auch mit dem Ziel der Legitimationsbeschaffung unterstützt (s. auch SenBJF 2017).[4] Die öffentlichkeitswirksame Kritik begünstigt auch eine weitergehende formale Politisierung – hier zunächst verstanden als Beteiligung politischer Akteure, die bislang üblicherweise nicht in die Detailsteuerung der kommunalen Ausschreibungspraxis einbezogen waren.

- So beschränken sich in D-BRÜCK die Vertreter*innen von Schulen, Eltern und Schülerschaft nicht darauf, ihre Kritik an der Qualität der Essensversorgung in den halbjährlichen Austausch mit der Verwaltung (im Rahmen des erwähnten konsultativen Qualitätszirkels) einzubringen, sondern tragen diese auch an die lokale Presse-Öffentlichkeit und an die Parteien im Stadtrat heran. In der Folge bringt sich die politische Behördenspitze (Schuldezernent) sehr aktiv in die Reorganisation der Vergabe des Schulmittagessens ein. Mehrfach befasst sich zudem der gesamte Stadtrat mit der Angelegenheit – und eben nicht nur der zuständige Vergabeausschuss, der üblicherweise bei einzelnen Ausschreibungsverfahren den Auswahlvorschlag der Verwaltung bestätigen muss. In dieser Position am Ende des Verfahrens sind die Einflussmöglichkeiten

[4] Ein Grund dafür, dass es in diesen beiden Städten zu einer recht starken Politisierung gekommen ist, könnte darin liegen, dass hier in der Vergangenheit Qualitätsansprüche bei der Vergabe der Schulverpflegungsleistungen einen besonders geringen Stellenwert besaßen, und dies im Zuge steigender Qualitätsansprüche eine entsprechend starke Gegen-Mobilisierung von Schüler*innen und Elternschaft hervorrief. Plausibel erscheint auch, dass diese Mobilisierung durch die politischen Strukturen begünstigt wurde: Die zentralisierte Vergabe in D-BRÜCK erleichtert die kollektive Mobilisierung von Eltern und Schulen; und BERLIN bietet als Stadtstaat ebenfalls eine günstige Konstellation für die landesweite Interessenbündelung. Eher jedenfalls sind die Gründe in der Mobilisierung von Konsument*innen zu suchen, weniger in der politischen Zusammensetzung der lokalen Regierungen (Mehrheiten links der bürgerlichen Mitte), die das Anliegen von sich aus auf die Agenda gesetzt hätten.

nach einheitlicher Einschätzung mehrerer Ausschuss-Mitglieder in der Regel gering und die Zustimmung zur Zuschlagsentscheidung eher eine Formalie. Demgegenüber zielen die Interventionen im Stadtrat darauf, sich ex-ante, also vor Beginn des Vergabeverfahrens, über grundlegende Ziele und Rahmenbedingungen bei der Vergabe des Schulessens zu verständigen. Im Falle von D-BRÜCK steht dabei, wie erläutert, das Dilemma ‚Essensqualität versus soziale Inklusion' im Zentrum der Auseinandersetzung. Die *formale* Politisierung im Sinne einer Beteiligung politischer Akteure und Gremien verschafft auf diese Weise der *inhaltlichen* Politisierung, im Sinne einer Infragestellung der bisherigen Praxis und einer bewussten Abwägung konkurrierender Ziele, größeren Raum.
- Ähnliches gilt in BERLIN; auch dort nimmt der Bruch mit der vorherigen Vergabepraxis den Weg über eine formale Politisierung. Dabei sind es gleich mehrere übergeordnete Behörden auf Landesebene, die die Reorganisation der Vergabeprozesse in der Schulverpflegung an sich ziehen und die Entscheidungsprozesse so aus der bisherigen kommunalen und verwaltungsseitigen Steuerung herauslösen. Diese Politisierung geht ihrerseits auf öffentlichkeitswirksame Kritik sowohl seitens der Cateringunternehmen wie auch seitens Elternvertretungen an der Praxis der Niedrigpreis-Vergabe zurück. Dies veranlasste das Landesbildungsministerium im Jahr 2011 dazu, zunächst eine externe fachliche Expertise in Form einer Studie zu den Angebots- und Preisstrukturen in der Berliner Schulverpflegung einzuholen (Arens-Azevedo und Tecklenburg 2012) und auf dieser Basis eine qualitätsorientierte Neuordnung der Vergabe einzuleiten. Das schließt, wie erwähnt, auch die Erarbeitung von Musterausschreibungsunterlagen ein. Die Politisierung ist in diesem Fall also ein starker Treiber hinter dem Prozess der Standardisierung.[5]

Von der engen Einbindung der Schulen und Elternvertretungen bei dieser Standardisierung verspricht man sich in beiden Städten eine erhöhte Akzeptanz des Ergebnisses:

> „Ja, bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses haben wir hier über ein Jahr, anderthalb Jahre fast (…) zusammengesessen, um das Leistungsverzeichnis möglichst nahe an das, was sich alle Beteiligten wünschen und worauf alle Wert legen, zu bringen (…). Und deswegen ist es hier so wichtig zu sagen: Das ist nicht das Ergebnis

[5] Zugleich eignet sich die Einbindung der Bezirke in den Standardisierungsprozess als ‚weiches' Steuerungsinstrument, um die Bezirke – als zuständige kommunale Ebene – in Richtung einer qualitätsorientierten Vergabe zu lenken; denn dazu verpflichten kann das Land die Bezirke nicht.

> irgendeiner Expertenkommission aus dem Hinterzimmer, sondern tatsächlich direkt mit allen Beteiligten und möglichst auf breiten Schultern entstanden. Und da sind alle Für und Wider erwogen worden und jeder hatte eine Chance sich einzubringen. Dann haben Sie hinterher etwas, was besser trägt." (Schulamt, D-BRÜCK)

Auch in BERLIN sind Elternvertretungen und VNS eng in die Erarbeitung der neuen standardisierten Unterlagen einbezogen; auch dort betont der Vertreter der Berliner Schulbehörde den konsensstiftenden Wert des Verfahrens.

8.1.1.3 Umgang mit Rechtsunsicherheit: Zwischen vergaberechtlichem Perfektionismus und Tiefflug

Wie schon mehrfach anklang, sind die oben genannten Trends in den untersuchten Kommunen unterschiedlich ausgeprägt. Darin spiegeln sich auch unterschiedliche grundsätzliche Herangehensweisen wider, wie die Kommunen mit den gestiegenen Ansprüchen an die Qualität der Dienstleistungen bei gleichzeitiger Unsicherheit über ihre vergaberechtlichen Spielräume umgehen – bzw. wie sie sich diese vergaberechtlichen Spielräume aktiv erschließen.

Dabei lassen sich drei Varianten identifizieren. Der größtmögliche Kontrast besteht zwischen einem vergaberechtlichen ‚*Perfektionismus*', wie er in BERLIN praktiziert wird, und einer Art vergaberechtlichem ‚*Tiefflug*', also einer Fortbewegung ‚unter dem Radar' des Vergaberechts, wie er unter den untersuchten Fällen am ehesten in E-HAUSEN praktiziert wird. Dazwischen bewegen sich die beiden Kommunen D-BRÜCK und C-FURT, deren Vorgehensweise sich als vergaberechtlicher ‚*Pragmatismus*' kennzeichnen lässt. Gemeinsam ist allen drei Varianten aber, dass sie die Sicherung und Erschließung von vergaberechtlichen Entscheidungsspielräumen unter den neuen Bedingungen zum Ziel haben – seien es informelle oder formelle Spielräume.

Auffälligstes Merkmal der ‚perfektionistischen' Herangehensweise in BERLIN ist die bereits erwähnte Beauftragung einer spezialisierten Anwaltskanzlei mit der Erstellung der Vergabeunterlagen. Daneben legt man hier aber auch intern – vor allem auf Ebene der Wirtschaftsbehörde des Landes (Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe (SenWEB)) – großen Wert darauf, sich eigenes vergaberechtliches Urteilsvermögen anzueignen und die dynamische Entwicklung des Vergaberechts im Blick zu behalten. Dabei hilft, wie der in die Reorganisation der Vergabeprozesse in der Schulverpflegung eng involvierte Beamte erläutert, auch die digitale Dokumentation des Rechtsgebiets und der digitale fachliche Austausch mit peers:

> „Seitdem der europaweite Vergaberechtsschutz eingeführt wurde, ist das Vergaberecht eigentlich das am besten dokumentierte Rechtsgebiet überhaupt in Deutschland. Weil von Anfang [an] alles ins Internet gestellt wurde. Man muss also normalerweise keine alten Kommentare flöhen, und die Vergabegemeinde ist unglaublich gut vernetzt. Da gibt es einen Blog, der sehr wichtig ist. Es gibt zwei Foren, in denen sich alle verknüpft haben. Sowohl die Anwälte als auch die Richter, als auch die Vergabekammern, die ganzen Praktiker, die Kommunen, die Länder, der Bund, die sind alle da mit drin und diskutieren miteinander." (Wirtschaftsbehörde, BERLIN)

Anders als man vermuten könnte, führt der vergaberechtliche Perfektionismus eben nicht zur Einengung von Handlungsspielräumen, indem er in erster Linie das Bewusstsein für die Schranken des rechtlich Machbaren erhöhen würde. Im Gegenteil scheint der Rückgriff auf eigene und externe Expertise eher den vergaberechtlichen Wagemut zu stärken und es den Akteuren zu ermöglichen, sich neue oder zuvor unbekannte vergaberechtliche Optionen zu erschließen, die ihnen eine stärkere Gewichtung qualitativer Kriterien erlaubt. Mit der Entscheidung, den Preis als Auswahlkriterium vollständig auszuschalten und die Angebote stattdessen zu 100 % nach ihrer Qualität zu bewerten, setzt man sich in BERLIN sogar bewusst über die Rechtsprechung hinweg und nimmt damit eine spätere gesetzliche Neuregelung im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung 2015 vorweg, wie der Beamte erläutert:

> „Es gab damals eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die gesagt hat: ‚Nein, der Preis muss immer ein Zuschlagskriterium sein. Zumindest zu 30 %.' Und das war von Anfang an eine rechts-irrige Entscheidung. Und ich bin noch nicht mal Jurist. Ich habe nur Erfahrung. (…) Und hier, wir waren der Meinung, wir werden diese BGH-Entscheidung einfach ignorieren. Diese wurde dann auch später durch die vergaberechtliche Novelle letztendlich aufgehoben. Und seitdem ist dieses Vorgehen legal. Damals war es entgegen BGH." (Wirtschaftsbehörde, BERLIN)

Die Einschaltung der Vergaberechtskanzlei dient dabei dazu, diese radikale Verfahrensinnovation zugunsten ‚weicher' Zuschlagskriterien anstelle des ‚harten' Kriteriums Preis auch auf vergaberechtlich saubere Weise umzusetzen. Dies habe man sich fachlich nicht selbst zugetraut; dass dies letztlich gelungen sei, sei der Vergaberechtskanzlei zu verdanken, die die Unterlagen „Wort für Wort für uns erstellt" habe (Schulbehörde, BERLIN). Der Rückgriff auf vergaberechtliche Expertise (sowohl externe als auch behördeninterne) bleibt dabei keine einmalige Sache, sondern prägt auch die Durchführung der Ausschreibungen und die Weiterentwicklung der Unterlagen im Rahmen der nachfolgenden Ausschreibungsunterlagen.

Dafür, dass sich diese perfektionistische Variante in BERLIN herausbildet, kommen mehrere Gründe infrage: Zum einen ist die Landesebene in Stadtstaaten räumlich, organisatorisch und personell enger mit der kommunalen Ebene verbunden als in den Flächenstaaten, und kann so ihre umfangreichere Expertise in vergaberechtlichen Fragen leichter in eine Zusammenarbeit einbringen. Zum anderen dürfte auch die Marktsituation dies begünstigen: Die hohe räumliche Konzentration von Schulen und damit der hohe Umfang ausgeschriebener Leistungen macht den Berliner Markt auch für größere Firmen attraktiv, die durchaus den Willen und die Ressourcen mitbringen, ihr ‚Stück vom Kuchen' durch die Nutzung ihrer vergaberechtlichen Beschwerde- und Klagemöglichkeiten einzufordern. Das Schulamt im untersuchten Bezirk schildert hier zahlreiche Erfahrungen mit Firmen, die die Bezuschlagung von Konkurrenten in Zweifel zu ziehen suchen. So versuchten unterlegene Firmen beispielsweise, die genaue Punkteanzahl der bezuschlagten Firmen in Erfahrung zu bringen, was das Schulamt jedoch nach Rückversicherung bei der Anwaltskanzlei ablehnte:

> „Weil, es ist ja so: Sie können ja bei bestimmten Punktkonstellationen genau erkennen, was der für eine Warmhaltezeit oder für einen Bio-Anteil angeboten hat. Und das wollten wir vermeiden. (…) Sonst hätten die gesagt: ‚Nee, der hat doch niemals so einen Bio-Anteil'. Oder: ‚Der kann die Warmhaltezeit nicht einhalten'. Und dann war das aber blöderweise so: als wir unsere [bezirksübergreifende] Arbeitsgruppe hatten, hat sich herausgestellt, dass da schon wieder einige Bezirksämter vorgeschnellt sind und denen schon diese Werte mitgeteilt hatten." (Bezirks-Fachamt, BERLIN)

Das Gegenstück zum vergaberechtlichen Perfektionismus auf Verwaltungsseite sind also Firmen, die das vergaberechtliche Spiel beherrschen, oder jedenfalls aktiv ihre Möglichkeiten nutzen – in diesem Fall die Koordinationslücken zwischen den Bezirken. Ob dies Folge oder Ursache des ‚perfektionistischen' verwaltungsseitigen Pfades ist, ist schwer zu beurteilen; so oder so stabilisieren sich beide Haltungen jedoch vermutlich wechselseitig.

Mit dem vergaberechtlichen Perfektionismus kontrastiert die Praxis in E-HAUSEN, die hier in etwas zugespitzter Weise als vergaberechtlicher ‚Tiefflug' bezeichnet werden soll. Die Zuständigkeit liegt zwar auch hier formal beim Schulamt, dieses „begleitet" Ausschreibungsverfahren nach eigenen Worten aber eher; hauptsächlich treffen die Schulen selbst die Bieterauswahl. Die zentrale Vergabestelle der Kommune ist nicht einbezogen; dies hängt damit zusammen, dass es sich um Konzessionen handelt, die bis zur Vergaberechtsreform 2016 nicht unter das Vergaberecht fielen. Diese Praxis wäre allerdings unzulänglich verstanden, wenn man sie als bloßes Festhalten an eingeübten Praktiken interpretieren würde. Vielmehr ist sie das Ergebnis intentionaler Strategien, die dem

Erhalt von Spielräumen unter geänderten Bedingungen dienen. Denn zur Nutzung von Konzessionen anstelle von Aufträgen hatte sich das Schulamt erst vor etwa 10 Jahren entschieden. Dafür entstand nach dem Streichen von öffentlichen Essenszuschüssen (die nach Vergaberecht eine Ausschreibung als Dienstleistungs-*Auftrag* erforderlich machen) ein Gelegenheitsfenster. Dabei hatte das Schulamt ganz bewusst die größeren rechtlichen Freiräume von Konzessionen im Blick:

> „Und da haben wir gedacht: ‚Mensch, es muss ja noch was Anderes geben als Ausschreibung nach VOL', wo ja im Grunde genommen immer das wirtschaftlichste Ergebnis über den Zuschlag entscheidet. Und sind darauf gekommen, ja, eine Dienstleistungskonzession zu vergeben. Da sind Sie nicht an die strikten Vorgaben der VOL gebunden, sondern können ja doch ein Stück weit, ja wie soll ich sagen, das lockerer handhaben. Natürlich müssen Sie bestimmte Kriterien berücksichtigen und einhalten, wie Gleichbehandlung, und dass auch alles transparent ist" (Fachamt, E-HAUSEN)

Ziel der Verfahrenswahl war es hier also, mehr Spielräume für die Auswahlkriterien zu bekommen, anstatt zu einem Zuschlag für das „wirtschaftlichste Ergebnis" gezwungen zu sein – wobei dem Gesprächskontext zu entnehmen ist, dass damit hier das preislich günstigste Angebot gemeint ist.

Die neuen Spielräume werden dann weitgehend an die einzelnen Schulen weitergereicht – entsprechend der primären Zielsetzung, die Zufriedenheit der zahlenden Eltern durch größtmögliche Wahlfreiheit beim Essensanbieter zu erhöhen. Mit der gleichen Begründung steht das Schulamt auch einer weitergehenden Standardisierung von Ausschreibungsunterlagen, die den einzelnen Schulen etwa bestimmte Auswahlkriterien vorgibt, ablehnend gegenüber.[6] Die Standardisierung beschränkt sich hier auf ein Bewertungsformular, das die Schulen für jeden Anbieter auszufüllen haben, um ihre Auswahl zu begründen; Vorgaben für bestimmte Kriterien und ihre Gewichtung macht das Schulamt dabei nicht.

Zwischen diesen beiden Extremen – der Maximierung *formeller* Entscheidungsspielräume auf der einen Seite (‚Perfektionismus'), der Maximierung *informeller* Entscheidungsspielräume auf der anderen Seite (‚Tiefflug') – ist die Praxis in den beiden anderen Kommunen angesiedelt, die wir als *vergaberechtlichen ‚Pragmatismus'* bezeichnen. Kennzeichnend für diese Praxis ist, dass hier ebenfalls eher nach formellen Spielräumen innerhalb des modernen Vergaberechts gesucht wird; dieser Suchprozess aber weniger durch externe Expertise

[6] Die regionale VNS hatte zum Zeitpunkt der Untersuchung mit Blick auf den vergleichsweise geringen Grad der Professionalisierung im Bundesland in einem Arbeitskreis auf Landesebene zur Neugestaltung der Vergabeverfahren im Land die Idee einer Musterausschreibung eingebracht. Das Schulamt in E-HAUSEN sieht dafür auf Nachfrage im Interview keinen Bedarf.

oder vergaberechtliche Weiterbildung des Verwaltungspersonals angeleitet wird, sondern auf einem ‚learning by doing' fußt. Die Ansammlung von Erfahrungswissen im Rahmen jeder Ausschreibungsrunde ist eine wichtige Quelle für die sukzessive Verbesserung der standardisierten Unterlagen und Prozesse. Neue Verfahrensweisen werden dabei nicht ex ante bis in den letzten Winkel hinein auf ihre vergaberechtliche Zulässigkeit hin durchleuchtet, sondern auch unter bewusster Inkaufnahme vergaberechtlicher Zweifelsfälle und dem Risiko von Klagen erprobt:

> „Wir nutzen das [externe Angebot vergaberechtlicher Schulungen] jetzt halt nicht so forciert, das heißt, wir laufen jetzt nicht immer sofort los und sagen: ‚Okay, dann müssen wir uns da schulen'. Sondern, wir sind da eher so: selbst es versuchen und dann eben eigene Rahmenbedingungen setzen, und dadurch dann die Erfahrung machen und dann eben nachsteuern. Und sagen: ‚Ja okay, müssen wir da noch vielleicht [etwas] anders machen'. Und das geht dann schon auch so weit, dass wir natürlich auch Vergaberügen, Beschwerden und auch bis zu Nachprüfungsverfahren gegebenenfalls haben. Aber bislang, muss ich sagen, sind wir da ganz gut gefahren. Also das heißt, wir haben da jetzt nicht so große Fehler gemacht, dass uns da wer auch immer so dermaßen an den Karren fährt, dass wir da jetzt alles komplett neu überdenken müssen. (…) Vergaberecht oder Vergabe ist ja eigentlich ein Erfahrungsthema. Das hört man allerorten, dass man über lange Jahre Erfahrung diese Entwicklung ja dann mitbegleiten müsste. (…). " (Vergabestelle, C-FURT)

Diese Herangehensweise kontrastiert wie gesehen deutlich mit dem Vorgehen in BERLIN, wo die Vermeidung vergaberechtlicher Prüfverfahren einen deutlich höheren Stellenwert zu besitzen scheint. Anders als in BERLIN ist es in C-FURT zumindest im Segment der Schulverpflegung allerdings auch noch zu keinen Bieter-Klagen gekommen. Dies kann auch mit der relativ kurzen Vergabe-Historie (2 Ausschreibungsrunden) zu tun haben; spiegelt sich aber auch in den Aussagen zweier befragter Catering-Firmen wider, die vergaberechtlich zweifelhafte Vorgehensweisen der Verwaltung im Vertrauen auf ein langfristiges Geben und Nehmen tolerieren und auf den Klageweg verzichten (s. ausführlicher Abschn. 8.2.1.2).

Diese drei unterschiedlichen grundsätzlichen Herangehensweisen im Umgang mit interner und externer Expertise prägen, wie noch zu sehen sein wird, auch die Detailsteuerung bei der Gestaltung der Vergabeverfahren.

8.1.2 Das Beispiel Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte

Im Vergleich zur Schulverpflegung sind öffentliche Auftragsvergaben für Sicherheitsdienstleistungen schon vor längerer Zeit formalisiert worden. Vergaben zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften stellen allerdings eine Besonderheit dar, da mit dem rasanten Anstieg der Fluchtmigration ab dem Jahr 2014 die Anstrengungen in Land und Kommunen zunächst darauf konzentriert waren, ein schnelles Dach über dem Kopf bereit zu stellen. Händeringend wurden Heimbetreiber, sozialpädagogische Kräfte und Sicherheitsdienste gesucht. Diese Herausforderungen trafen öffentliche Auftraggeber weitgehend unvorbereitet; die Leistungen wurden in der gebotenen Flexibilität der ersten Zeit teils freihändig, überwiegend in Form von Dringlichkeitsvergaben[7] eingekauft. Auch fachlich habe man, wie uns die Interviewpartner*innen in zwei Kommunen mitteilten, mehr oder weniger Neuland betreten und die folgenden Ausschreibungsverfahren auf Basis der ersten Erfahrungen formal und qualitativ weiterentwickelt. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der oben skizzierten Negativschlagzeilen, aber auch aufgrund vergaberechtlicher Grundsätze, sind die Kommunen zudem dazu übergegangen, auch für extern betriebene Unterkünfte die erforderlichen Sicherheitsdienstleistungen selbst auszuschreiben, anstatt dies den Heimbetreibern zu überlassen. Hiermit sicherten sie sich auch eigene Gestaltungsmöglichkeiten, um in diesem sensiblen Bereich höhere Anforderungen an die Dienstleister geltend zu machen.

Die nachfolgende Tab. 8.2 gibt erneut zunächst einen Überblick über die Entscheidungsstrukturen und Herangehensweisen in den untersuchten Kommunen, die im weiteren Verlauf des Abschnitts näher erläutert werden.

8.1.2.1 Professionalisierung und Standardisierung

Aufbau und interne Ansiedlung der erforderlichen vergaberechtlichen Kompetenzen waren auch in diesem Dienstleistungsbereich in der jüngeren Zeit in Bewegung. Zum einen wurden, wie in anderen Geschäftsbereichen auch, in allen

[7] Unter besonderen Umständen, die von öffentlichen Auftraggebern weder verschuldet noch vorhersehbar sind (z. B. Abwendung von Gefahrensituationen), sieht das Vergaberecht die Möglichkeit der Verfahrensbeschleunigung vor (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV). Dringlichkeitsvergaben sind eine Variante von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb: ohne Einhaltung sonst üblicher Fristen können am Auftrag interessierte Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Diese Form der Vergabe gilt nur zeitlich befristet und muss nach Abnehmen der Dringlichkeit durch ein ordentliches Verfahren ersetzt werden (Staatsanzeiger 2020).

Tab. 8.2 Entscheidungsstrukturen und Umgang mit Rechtsunsicherheit: Sicherheitsdienstleistugsn für Flüchtlingsunterkünfte

	E-HAUSEN	D-BRÜCK	A-BURG	C-FURT
Zentralisierung	*mittel* gebündelte Komplettvergabe; ‚mittlere' Autonomie des Fachamtes bei punktueller Intervention durch Vergabestelle bzgl. Verfahren + Bewertung	*mittel/hoch* gebündelte Komplettvergabe; relativ hohe Autonomie des Fachamtes bzgl. Verfahren + Bewertung; verbindl. Vorgaben durch Landesbehörde	*hoch* gebündelte Komplettvergabe; hohe Autonomie der Vergabestelle bzgl. Verfahren, Bewertung + Zuschlag	*mittel* gebündelte Komplettvergabe; hohe Autonomie des Fachamtes, Vergabestelle eher in „Service"-Funktion
Standardisierung	*mittel* Musterunterlagen	*mittel* Muster-LV + -Preiskalkulation, durch Landesbehörde erstellt	*hoch* Musterunterlagen; standard. Vorgehen bei Bedarfsermittlung	*mittel* Musterunterlagen, Berücksichtigung fakult. landespolit. Vorgaben
Politisierung	*gering*	*mittel* verbindl. landespolit. Vorgaben bzgl. Qualitätssteigerung; keine eigene Reflexion der Debatte	*mittel*	*mittel* Reflexion + z. T. (freiwillige) Adaption landespolit. Diskussion bzgl. Qualitätssteigerung

(Fortsetzung)

Tab. 8.2 (Fortsetzung)

	E-HAUSEN	D-BRÜCK	A-BURG	C-FURT
Rolle externer Akteure	*gering* indirekter Rückgriff auf ‚Peers'-bei Recherche von Unterlagen anderer Kommunen + Eignungsprüfung	*gering/mittel* fachlicher Austausch mit Landesbehörde bzgl. Marktwissen	*mittel* aktiver Austausch mit BDSW bzgl. Marktwissen + Einbezug von Branchenstandards	*gering* indirekter Rückgriff auf ‚Peer'-Erfahrungen bei der Recherche von Unterlagen anderer Kommunen + Eignungsprüfung
Umgang mit Rechtsunsicherheit	*‚gebremster Pragmatismus'* unterschiedliche Auffassung Fachamt + Vergabestelle; im Ergebnis: Orientierung an Rechtskonformität + Prinzip der Sparsamkeit	*‚progressiver Vollzug'* Vergaberecht = ‚blinder Fleck' (keine bewusste Reflexion vergaberechtl. Spielräume); nüchterne Absicherung durch Vergabestelle u. polit. Vorgaben	*‚Perfektionismus'* Ausleuchten rechtlicher u. praktikabler Spielräume + Mut zu Risiko; Absicherung durch hohe verwaltungsinterne jurist. Expertise + polit. Konsens	*‚progressiver Pragmatismus'* Priorisierung eines ‚learning by doing' gegenüber hoher Rechtskonformität (u. -beratung); Mut zum Risiko

Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis qualitativer Fallstudien

untersuchten Städten im Laufe der Zeit zentrale Vergabestellen mehr oder weniger weitreichend in die Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen eingebunden. Diese Zentralisierung ist in den meisten Kommunen bereits mindestens 10 Jahre vor dem Untersuchungszeitraum erfolgt; nur in C-FURT ist dies erst wenige Jahre vor dem Untersuchungszeitraum erfolgt und nach eigenen Angaben noch nicht abgeschlossen. Zentrales Motiv war auch hier, angesichts der dynamischen Entwicklung des Vergaberechts die Verfahren der Ausschreibung und Angebotsbewertung mit vergaberechtlichem Know-How prüfend zu begleiten oder die Fachämter diesbezüglich zumindest zu beraten.

Auch auf Seiten der Fachämter wurden Kompetenzen ab dem Jahr 2015 stärker zentralisiert, um dem allerorts stark gestiegenen Bedarf nach Unterbringungsmöglichkeiten für Geflüchtete effektiver begegnen zu können. Hierzu sind zunächst in den zuständigen Fachbehörden, den Sozialämtern, temporäre Umstrukturierungen, zum Teil mit Ausgliederungen zu neuen Verwaltungseinheiten, vorgenommen worden. In zwei Kommunen (A-BURG und E-HAUSEN) sind die vergabespezifischen Aufgaben des Sozialamtes verlagert worden auf eine weitere Fachbehörde, das Immobilien-Ressort, welches in der Regel zuständig ist für die Vergaben der meisten anderen Arten von Sicherheitsdienstleistungen. Durch diese Umstrukturierung wurden die Entscheidungsprozesse insoweit professionalisiert, als vom Immobilien-Ressort durch langjährige Erfahrungen mit unterschiedlichen Bereichen für Sicherheitsdienstleistungen ein entsprechend breiteres Marktwissen erwartet werden kann.

Auf Seiten des Personals ist die fachliche Spezialisierung bislang noch nicht besonders ausgeprägt. Ein Teil der Verwaltungsbeschäftigten in den Fachämtern hat eine kaufmännische Ausbildung, in einem Fall kombiniert mit einem berufsbegleitenden Master-Studium im Facility Management (Immobilien-Ressort) absolviert. Ein anderer Teil sind Sozialpädagog*innen (Sozialämter) oder auch Quereinsteiger*innen mit Bezügen zum Gegenstand der einzukaufenden Dienstleistungen. Manche von ihnen profitieren von Erfahrungen, die sie einige Jahre lang in einer Vergabestelle gesammelt haben. Auch in den Vergabestellen haben die Verantwortlichen zum Teil eine klassische Verwaltungsausbildung oder den Diplom-Studiengang zum/zur Verwaltungswirt*in durchlaufen. Der Vertreter einer Vergabestelle ist zwar studierter Jurist, bezeichnet sich dennoch als „Sachbearbeiter im Bereich Vergabe“ (C-FURT). Lange Zeit war die juristische Ausbildung keine Voraussetzung für eine Tätigkeit in der Vergabestelle. Zumindest auf Leitungsebene beginnt sich dies allerdings zu ändern – zumindest in einer der untersuchten Kommunen (A-BURG), deren Organisation und Prozesse wir als vergleichsweise professionalisiert bewerten, werden zumindest Führungspositionen seit einiger Zeit schrittweise mit Jurist*innen besetzt.

Wie in der Schulverpflegung ist zudem auch eine prozedurale Zentralisierung in Form von standardisierten Verfahrensabläufen zu beobachten. Der Grad dieser Entwicklung kann hier sogar als ‚mittel' bis ‚hoch' gelten (s. Tab. 8.2), da sich überall professionellere Prozesse eingespielt haben und standardisierte Ausschreibungsunterlagen vorhanden sind, die zwar nach neuen Bedarfen angepasst, aber als bewährte ‚Technologie' aufgerufen werden. Die Vergabeverantwortlichen profitieren insbesondere dort von routinierten Arbeitsteilungen und verwaltungsinterner Fachexpertise, wo Sicherheitsdienstleistungen auch schon für andere Zwecke als die Unterbringung von Geflüchteten eingekauft worden sind bzw. werden (A-BURG und E-HAUSEN). In A-BURG haben sich auch der Ausschreibung vorgelagerte Prozesse insoweit professionalisiert, als eine standardisierte und zertifizierte Risikoanalyse[8] fester Bestandteil der Bedarfsermittlung ist. In den anderen Fällen greifen die in dieser Hinsicht weniger erfahrenen Sozialämter auf landespolitische Vorgaben (D-BRÜCK und C-FURT) und sogar Musterunterlagen (D-BRÜCK) zurück.

Jenseits dieser formalen Ähnlichkeiten in Bezug auf die Zentralisierung, die (bislang eher geringe) fachliche Spezialisierung und enge Kooperationserfordernisse zwischen Fachamt und Vergabestelle unterscheiden sich die Kommunen wahrnehmbar im Hinblick auf die konkrete Aufgabenverteilung und Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten. Diese Unterschiede schlagen sich zum Teil auch in den grundsätzlichen Herangehensweisen im Umgang mit Rechtsunsicherheit, die weiter unten noch näher erläutert werden. Sie betreffen insbesondere die Einbindung der zentralen Vergabestelle: Eine eher geringe Rolle spielt sie in C-FURT und D-BRÜCK. Hier sind die Sozialämter weitgehend eigenständig mit der Gestaltung des Verfahrens und des Vertrags betraut. Die Vergabestellen wirken durch punktuelle Beratung eher im Hintergrund, sorgen für die Veröffentlichung der Ausschreibungen auf elektronischen Plattformen und leisten mal mehr, mal weniger technischen Support (u. a. Weiterleitung von Bieterfragen, Preisranking eingegangener Angebote). In A-BURG und E-HAUSEN hingegen interveniert die zentrale Vergabestelle deutlich stärker in die einzelnen Ausschreibungen.

Weder die eine noch die andere Konstellation ist jedoch für sich genommen Garant für eine stärkere Berücksichtigung qualitativer Aspekte. Beides hängt vielmehr auch vom Aufgabenverständnis der Beteiligten ab. Die Vergabestelle in C-FURT, die im Rechtsamt der Kommune angesiedelt ist, sieht sich selbst

---

[8] Zertifiziert wird dieses Modell, das im Wesentlichen aus der Formulierung von Schutzzielen, der Bestimmung des Restrisikos sowie der Ableitung von Maßnahmen besteht, von einem in der Branche anerkannten Institut für Unternehmenssicherheit (VdS Schadenverhütungs GmbH).

als „neue Instanz“, die den Fachämtern mit Beratungsleistungen zuarbeitet und Vergabeprozesse begleitet, dabei aber kein Interesse daran hat, „mit erhobenem Zeigefinger“ eingespielte Praktiken zu unterbinden. Vielmehr käme es darauf an, durch vertrauensvolle Zusammenarbeit von den Fachämtern zu lernen und gemeinsam nach Lösungen für auftretende Probleme zu suchen. Das Sozialamt hat nach übereinstimmender Schilderung in dieser Kommune weitgehende Handlungsfreiheit in Bezug auf die formale und inhaltliche Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. Das gilt auch in haushaltsbezogenen Fragen, also auch dann, wenn qualitative Kriterien die ausgeschriebene Dienstleistung absehbar verteuern; hier mische sich die Vergabestelle von vorneherein nicht ein, da die Budgetverantwortung beim Fachamt liegt, so der interviewte Vertreter des Fachamtes. Er begrüßt diese Zurückhaltung der Vergabestelle und nutzt die weitgehenden Entscheidungsfreiheiten auch für die Verfolgung von Qualitäts- sowie auch sozialen Zielen (s. Abschn. 8.2.2 und Kap. 9).

Demgegenüber wünscht sich der interviewte Fachamtsvertreter in D-BRÜCK eine stärkere, sogar dominante Beteiligung der Vergabestelle. Hinter diesem Wunsch steht nicht zuletzt das Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit:[9]

> „Wir sind keine Juristen, wir sind einfache Verwaltungsleute, und müssen dann irgendwelche Verträge ausarbeiten. Das führt natürlich dann zu Rechtsunsicherheit bei uns. Ja. Also ich würde mir mehr Einsatz der Vergabestelle wünschen (…). Heißt natürlich im Umkehrschluss, dass ich damit leben muss, dass ich wenig Einfluss hab. Aber damit kann ich auch leben, weil, mich interessiert es eh nicht, sag ich mal, wer gewinnt, sondern ich will, DASS jemand gewinnt. Und dass ich einen Vertragspartner [habe]“ (Fachamt D-BRÜCK)

Auch in den beiden Städten (A-BURG und E-HAUSEN) mit stärker zentralisierten Beschaffungsprozessen hängt die konkrete Vorgehensweise stark vom jeweiligen Aufgabenverständnis, insbesondere der Vergabestelle ab. In beiden Fallstudien ist nicht das Sozialamt, sondern das Immobilien-Ressort das zuständige Fachamt, das in Zusammenarbeit mit dem die jeweiligen Flüchtlingsunterkünfte betreuenden Sozialamt die Bedarfe ermittelt und ein Leistungsverzeichnis erstellt. In E-HAUSEN sind die Prozesse der Verfahrensgestaltung sowie der Angebotsbewertung auch vorrangig beim Immobilienressort gebündelt; die Vergabestelle nimmt aber stichprobenartig formale Prüfungen vor und wird bei Bedarf beratend tätig. Anders als in C-FURT begreift die Vergabestelle ihre Aufgabe

[9] Mit der Vergabestelle von D-BRÜCK konnten wir leider kein Interview führen, da die Verwaltung aufgrund interner Umstrukturierungen zum Zeitpunkt der Untersuchung keine Kapazität hierfür aufwenden wollte.

dabei auch in der Wahrung der Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, was nicht zuletzt mit ihrer organisatorischen Eingliederung in die Stadtkämmerei (nicht im Rechtsamt, wie in C-FURT) zu tun haben dürfte. Sie legt daher auch häufiger Einspruch ein, wenn die Fachämter mit Ideen für qualitative Zuschlagskriterien von rein preisbasierten Verfahren abrücken wollen:

> „Muss man immer auch ein Augenmerk drauflegen: Das, was man damit erzeugt, kann man das auch dann bezahlen? Gerade die Gewichtung. Manchen ist, glaube ich, gar nicht klar, wenn die das wirklich einfach auch selten machen, wie die prozentuale Verteilung am Ende ist. Können sie sich das leisten? Und manchmal ist es wirklich so: Mit minimalen Punktverteilungen kommt dann ein Ergebnis raus, können die sich nie leisten. Also, wo wir dann auch den Hinweis geben und sagen ‚Da müssen sie sich nochmal Gedanken machen. Sie müssen den dann nehmen, sie können dann nicht sagen, der ist zu teuer'." (Vergabestelle, E-HAUSEN)

Mit den Detailfragen der Punkteverteilung spricht die Vergabestelle hier die – auch in Fachkreisen als überaus komplex und entsprechend fehleranfällig geltende – Wertungsarithmetik bei Einschluss qualitativer Auswahlkriterien an, also ein vergabetechnisches Wissen, das vergaberechtlich wenig Erfahrenen („die das wirklich einfach auch selten machen") tatsächlich wenig vertraut sein dürfte. Im vorliegenden Fall zieht – dies legt auch die Schilderung des Fachamtes in E-HAUSEN nahe – die Vergabestelle daraus vor allem die Konsequenz, den Einsatz qualitativer Kriterien als Wertungskriterien nach Möglichkeit zu minimieren.

Anders agiert demgegenüber die Vergabestelle in A-BURG, die am stärksten in die Durchführung der Ausschreibungen involviert ist. Dies ist die einzige Fallstudie, in der auch die Angebotsbewertung bis hin zur Entscheidung über den Zuschlag in die Verantwortung der Vergabestelle fällt. Wenngleich die Kritik im Interview implizit bleibt, sieht sich das Fachamt zu wenig eingebunden in den Bewertungsprozess. Dennoch bedeutet die dominante Position der Vergabestelle nicht, dass dadurch eine wettbewerbsrechtliche Logik dominiert. Vielmehr sieht sich auch der interviewte Vertreter der Vergabestelle in hohem Maße dem Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' verpflichtet und nutzt, wie weiter unten noch zu sehen sein wird, seine Möglichkeiten, um dies in der Vergabepraxis umzusetzen.

Die Professionalisierung der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte übersetzt sich also sowohl in dezentralere als auch in stärker zentralisierte Entscheidungsstrukturen. In beiden Varianten kommt es aber in hohem Maße auf das Aufgabenverständnis von Fachamt und Vergabestelle an, inwieweit das Mehr an Expertise im Vergleich zum Status quo ante auch in die Verfolgung qualitativer und sozialer Ziele fließt.

8.1.2.2 Politisierung: zwischen Routineübung und aktiver Intervention

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt im Vergleich zum privatwirtschaftlichen Pendant einer gewissen Politisierung. So ist unseren Interviewpartner*innen zufolge gerade auch der Einkauf von Sicherheitsdienstleistungen für kommunale Bedarfe einer höheren öffentlichen und politischen Aufmerksamkeit ausgesetzt. Dies manifestiert sich etwa in Form von kritischen Nachfragen der Stadträte im Rahmen des formalen Entscheidungsverfahrens, welches ab einem bestimmten Auftragsvolumen die Zustimmung der Finanz- oder Vergabeausschüsse im Stadtrat erfordert.[10] In diesem Zusammenhang sind die auftraggebenden Stellen dazu angehalten, aufkommende Fragen zum Verfahren zu erläutern und Zuschlags-Entscheidungen zu rechtfertigen. Hier sind klare parteipolitische Unterschiede zu erkennen:

> „Also es kommt immer mal wieder [vor], das ist dann auch Kommunalpolitik, da gibt es dann die eine oder andere Spitze: ‚Warum macht ihr dies, warum habt ihr das?'. Ist immer so. ‚Warum habt ihr den genommen, der ist doch viel teurer als andere?' Dann erklärt man jedes Mal wieder (…): ‚Qualität vor Preis', also nicht vor, aber relativ hoch. (…) Dann sagt die CDU: ‚Nee, ist uns zu teuer, warum brauchen wir das überhaupt?' Und die Linke sagt: ‚Auf jeden Fall'." (Fachamt, D-BRÜCK)

Aus diesem Zitat klingt heraus, dass die Nachfragen oft vorhersehbaren Mustern folgen und aus Sicht der Verwaltungskräfte eher eine folgenlose Routineübung zwecks politischer Profilierung bleiben. Dies bestätigen auch Interviews mit Ausschuss-Vertreter*innen selbst, denen zufolge die politischen Einflussmöglichkeiten auf die Vergabe nur sehr begrenzt sind, da sie zumindest in drei der Fallstudien erst zuletzt zum „Abnicken" der Entscheidungen einbezogen werden:

> „Wir als Ausschuss sitzen ganz zum Schluss. (…) Das wirtschaftlichste Angebot wird dem Stadtrat dann vorgelegt. Und wir als Ausschuss haben dann nur die Möglichkeit, ja oder ja zu sagen. Wir als Ausschuss sollen dann nur mal überprüfen, ob das Verwaltungshandeln in Ordnung war. (…) Und da gibt es die Frage, dass wir uns als Ausschuss eigentlich ein bisschen missbraucht fühlen. Wo wir sagen: ‚Also bitte, was sollen wir denn?' Wenn wir es nur abnicken können, und keine andere Möglichkeit haben, dann brauchen wir doch den Ausschuss nicht." (Vergabeausschuss-Mitglied der Partei ‚Die Linke', E-HAUSEN)

[10] Bis auf A-BURG geschieht dies im Falle von Liefer- und Dienstleistungen ab einem Auftragswert von 50.000 €.

Anders gestaltet sich die Einflussnahme des Stadtrates in A-BURG. Dort ist der Vergabeausschuss bei einer Auftragssumme von über 1 Million Euro bereits insofern involviert, als sowohl das Leistungsverzeichnis als auch ggf. weitere Zuschlagskriterien ‚abgesegnet' werden müssen. Auch hier machen einzelne Vertreter*innen von ihrem Auskunftsrecht regen Gebrauch. In der Vergangenheit sei sogar ein Prüfantrag an das Fachamt in Bezug auf Möglichkeiten der Kommunalisierung von Sicherheitsdienstleistungen und des Aufbaus einer umfangreichen Public–Private-Partnership gestellt worden.[11] Auch fasst der Stadtrat Beschlüsse zur Ausgestaltung von Verfahren und übt somit unmittelbaren Einfluss auf das Vergabegeschehen (ausführlicher s. Abschn. 8.2.2). Diese deutlicher ausgeprägte Politisierung bezieht sich überwiegend allgemein auf die kommunale Vergabepraxis, nicht spezifisch auf Sicherheitsdienstleistungen.

Über die kommunale Ebene hinaus ist zudem auch die Landesebene ein verwaltungsexterner Akteur, der auf die Ausgestaltung der Vergabeprozesse neuerdings Einfluss nimmt. Ähnlich wie in der Schulverpflegung steht diese formale Politisierung auch hier in enger Wechselwirkung mit der Standardisierung von Vergabeprozessen und -unterlagen. Denn die Medienberichte zu Übergriffen von Sicherheitspersonal auf Geflüchtete hatte auf der Landesebene im Falle von zwei unserer Fallstudienkommunen eine inhaltliche Politisierung zur Folge, die schließlich in Gestaltungsvorgaben für öffentliche Auftraggeber resultierten. Während diese in D-BRÜCK verbindlich anzuwenden sind, ging C-FURT dazu über, die jeweiligen Landesvorgaben freiwillig zu adaptieren. In D-BRÜCK tritt die Landesbehörde für Migration dabei als vergleichsweise dominanter Akteur auf. Sie stellt nicht nur Musterunterlagen und Preiskalkulationen für die Ausschreibungen verbindlich zur Verfügung, sondern nimmt vor Veröffentlichung der Ausschreibung auch Einsicht in das angepasste Leistungsverzeichnis. Zuletzt sind der Behörde die Angebotsauswertung und der Vergabevorschlag vorzulegen.

Darüber hinaus refinanzieren die Länder die Mittel für die Unterbringung der Geflüchteten, einschließlich der Sicherheitsdienstleistungen, und stecken damit den finanziellen Rahmen für die Gestaltung der Vergabeverfahren ab. Die Landesmittel sind nicht pauschaliert, sondern Gegenstand von Aushandlungen zwischen Kommunen und Landesverwaltung für jede Unterkunft. Die Aushandlungen nehmen insofern auch einen wichtigen Einfluss auf Verfahrensgestaltung und Personalbemessung in den Unterkünften (s. Abschn. 8.2.2.1).

[11] Beide Varianten sind allerdings als zu teuer und wenig praktikabel bewertet worden, weshalb die Diskussion wieder versiegte. Nach Einschätzung der Interviewten hatte dieser Vorstoß eher dem Ziel „politischer Profilierung" gedient.

8.1.2.3 Umgang mit Rechtsunsicherheit: Zwischen Perfektionismus und gebremstem Pragmatismus

Innerhalb dieser Entscheidungsstrukturen haben sich in den Kommunen unterschiedliche Herangehensweisen herausgebildet in Bezug auf die Bewirtschaftung der knappen Ressource Expertise und den Umgang mit Rechtsunsicherheit. Die Kommunen unterscheiden sich hier etwa im Hinblick auf den Stellenwert von Erfahrungswissen (versus formales, in Schulungen vermitteltes Wissen), Erfahrungsaustausch in der Fachcommunity und den Einbezug externer Expertise. Von einem *‚progressiven Vollzug'* (D-BRÜCK) über einen *‚gebremsten'* (E-HAUSEN) sowie gegenteilig: *‚progressiven Pragmatismus* (C-FURT) bis hin zu einem *‚Perfektionismus'* (A-BURG) ist eine erhebliche Bandbreite vertreten.

Am stärksten wird Rechtsunsicherheit als Problem in D-BRÜCK wahrgenommen, wo Zentralisierung und vergaberechtliche Professionalisierung am wenigsten fortgeschritten sind. Die vom Fachamtsvertreter vermisste Unterstützung seitens der zentralen Vergabestelle ist hier möglicherweise auch darauf zurückzuführen, dass die fachliche Spezialisierung dort wenig ausgeprägt ist. In der Vergabestelle seiner Kommune arbeiten „nur Verwaltungsleute oder Menschen, die das schon sehr lange machen. (…) Zumindest der Sachgebietsleiter sollte Jurist sein, damit man da auch eine Anlaufstelle hat". (Fachamt, D-BRÜCK). Diese Situation setzt auf Seiten des Fachamtes allerdings keine Bemühungen um größtmögliche rechtliche Absicherung (durch punktuelles Einholen von externer Expertise, Ausbildung eines Netzwerks etc.) in Gang. Vielmehr geht das Fachamt, auch wegen der ansonsten wenig kooperativen Beziehung zwischen den Verwaltungseinheiten, mit dem Thema Rechtsunsicherheit eher distanziert um: Da im Zweifel niemand geeignet erscheint, die Unsicherheit zu begrenzen, erscheinen rechtliche Fragen dem Vergabeverantwortlichen in D-BRÜCK wie ein ‚blinder Fleck'; sie liegen schlichtweg nicht in seinem Zuständigkeitsbereich, sodass sein Handeln eher einem Vollzug verbindlicher Landesvorgaben zur Steigerung der Dienstleistungsqualität gleicht (*‚progressiver Vollzug'*). Anders als im Falle der Schulverpflegung in E-HAUSEN, wo sich das Fachamt ebenfalls wenig mit rechtlichen Fragen befasst (*‚Tiefflug'*), sieht das Fachamt in D-BRÜCK in einer stärkeren Standardisierung aber eine Lösung und begrüßt daher auch die aktive Rolle der Landesebene in Form von obligatorischen Standards und Musterunterlagen für die Ausschreibungen als Hilfestellung. Denn sie kann die fehlende Unterstützung durch die eigene zentrale Vergabestelle ein Stück weit kompensieren: „Also hätten wir das Land nicht, das irgendwelche Musterverträge und Kalkulationen zur Verfügung stellen würde, hätten wir gar nichts." (Fachamt, D-BRÜCK). Erneut unterstreicht dies den Wert von konkreten politischen Vorgaben in einer Konstellation, in der Rechtsunsicherheit zugleich vergleichsweise hoch

ist und das eigene Aufgabenverständnis – im Fachamt von D-BRÜCK auch mangels zeitlicher Ressourcen – eher auf rechtskonformes Handeln und den Vollzug hierarchischer Weisungen ausgerichtet ist. Ob dies den Weg für eine qualitative Wende ebnet, hängt dann in hohem Maße auch von den inhaltlichen Vorgaben ab, die in diesem Beispiel immerhin eine Öffnung des Wettbewerbs zugunsten von Qualitätskriterien (u. a. Anzahl höher qualifizierter Beschäftigter) begünstigen, im Hinblick auf die Eignung von Bietern jedoch sehr gering sind (s. Abschn. 8.2.2.1).

Demgegenüber entwickeln Fachämter und Vergabestellen in den anderen drei Kommunen stärker proaktive Strategien in der Bewältigung von Rechtsunsicherheit. Eine wichtige Rolle spielen dabei die Akkumulation von Erfahrungswissen und der Erfahrungsaustausch. Wenngleich die Vergabeakteure sich mit dem Durchlaufen von Schulungen für ihre Tätigkeiten ‚fit' gemacht haben, wird der Stellenwert von Erfahrungen, dem praxisbegleitenden Lernen, gegenüber dem Erwerb formalen Wissens häufig hervorgehoben:

> „Wie gesagt, ich mach das noch nicht so lange und Vergaberecht oder Vergabe ist ja eigentlich ein Erfahrungsthema. Das hört man allerorten, dass man über lange Jahre Erfahrung diese Entwicklung ja dann mitbegleiten müsste." (Vergabestelle, C-FURT)
> „Und das kriegt man im Grunde nur mit Erfahrung, weil, das kann man sich nicht vorher alles ausdenken, was passieren könnte. (…) Das Leistungsverzeichnis ist mit jeder Ausschreibung in den letzten Jahren immens gewachsen, weil wir jedes Mal wieder gedacht haben: ‚Oh Mist, das müssen wir beim nächsten Mal wieder beachten. Das müssen wir bei der Ausschreibung mit reinschreiben. Das wollen wir nicht', oder ‚Das und das wollen wir aber'." (Fachamt, C-FURT).

Die hier zu Wort kommenden Vertreter von C-FURT verhalten sich zum Thema Rechtsunsicherheit folglich auch eher ‚*progressiv pragmatistisch*': Dem Sammeln von Erfahrungen bei der Durchsetzung qualitativer Vergabeziele wird der Vorrang gegenüber einer hohen Rechtskonformität gegeben, was sich in der Praxis in einem gewissen Mut zum Risiko niederschlägt (s. Abschn. 8.2.2).

Ein regelmäßiger Wissens- oder Erfahrungsaustausch mit ‚peers', also Kolleg*innen in Fachämtern und Vergabestellen anderer Kommunen, findet in den untersuchten Städten nicht statt. Zum Teil wird indirekt auf Wissensbestände zurückgegriffen, wenn im Zuge der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses oder der Suche nach geeigneten Qualitätskriterien öffentlich zugängliche Ausschreibungsunterlagen anderer Kommunen recherchiert werden – wenngleich kaum eine Kommune für den neuen bzw. stark gewachsenen Bereich der Flüchtlingsunterkünfte über entwickelte Vorlagen verfügte und alle mehr oder weniger zum ‚learning by doing' gezwungen waren. In Bezug auf die Erfahrungen mit bestimmten Dienstleistern findet zudem punktuell auch ein direkter Austausch

mit anderen Kommunen statt, sowohl informell als auch im Rahmen der Eignungsprüfung von Bietern. Die Vergabeverantwortlichen berichten hier zumindest von einzelnen Kontakten, „wo man mal den einen oder anderen anrufen kann", die sich jedoch nicht zu einem funktionierenden Netzwerk verstetigt haben[12].

Ein koordinierter Erfahrungsaustausch zu vergaberechtlichen und -praktischen Themen findet in den Kommunen eher *verwaltungsintern* statt und geht durch die sehr unterschiedliche Frequenz derartiger Interaktionen mit einer unterschiedlich nachhaltigen Wissenssicherung einher. Während in der einen Kommune für die jährlich stattfindenden Dienstberatungen gelegentlich Fach-Inputs zur vergaberechtlichen Entwicklung gewonnen werden können, verfügt die größte der untersuchten Kommunen in ihrer Vergabestelle mit eigenem juristischen Know-How und häufigeren Meetings über ein professionelles internes Netzwerk:

> „Hier sitzen die Abteilungsleiter einmal in der Woche am Montag zusammen und tauschen sich aus. Wir haben Juristen bei uns im Haus dafür, d. h. das fachliche Knowhow, was das Vergaberecht angeht, ist wesentlich höher heute hier in der Vergabestelle, als [es] im [Fachamt] damals gewesen ist (…). Wir haben jetzt auch einen Juristen, der jetzt Abteilungsleiter ist und wir werden dann einen Stabsstellenjuristen bekommen dafür und da ist dann die Kommunikation schon da. Weil, das Entscheidende ist: Wir wollen es einheitlich machen. Wir wollen ja nicht unterschiedlich arbeiten." (Vergabestelle, A-BURG)

Auch wird mit diesem Zitat deutlich, dass das Ziel eines regen Erfahrungsaustauschs in A-BURG nicht nur darin besteht, Wissenslücken zu schließen und vorhandenes Wissen zu festigen, sondern auch die Vergabestrategien letztlich insoweit zu professionalisieren, dass branchenübergreifend einheitliche Standards gelten.

Einen weiteren Aspekt im Umgang mit Rechtsunsicherheit stellt die Inanspruchnahme von vergaberechtsbezogenen Schulungs- und Beratungsangeboten dar, die von *externen Akteuren* angeboten werden. Begrenzter Gebrauch wird von kostengünstigen Weiterbildungsangeboten öffentlicher Körperschaften gemacht, in der die Kommune Mitglied ist (Städte- und Gemeindebund). Seminare und Beratungsleistungen durch spezialisierte Kanzleien oder privatwirtschaftliche Anbieter werden in den untersuchten Kommunen dagegen mit Skepsis betrachtet,

[12] „Und da wird auch mal auf Herz und Nieren befragt und gesagt: ‚Okay, jetzt mal Butter bei die Fische, wie sieht es denn jetzt aus, hast du ein gutes Gefühl, hast du ein schlechtes Gefühl bei dem Dienstleister?' (…) Aber so wirklich ein Netzwerk, wo man sagen kann, es gibt jetzt wirklich eine Liste, die man dann abtelefonieren könnte oder auch mal hinfahren könnte (…), nee, die gibt es nicht." (Fachamt, E-HAUSEN).

was mal mit Blick auf die hohen Kosten, mal hinsichtlich der unklaren Absichten der Anbieter begründet wird:

> „Da muss man, glaube ich, auch höllisch aufpassen, was man ja auf so einem Blatt Papier nicht immer erkennt (…): Gehst du zu Rechtsanwälten, die ja auch sich in irgendeiner Art und Weise, denke ich mal, schmackhaft machen? (…) Oder Beratungsunternehmen? Da ist ja, glaube ich, nicht nur der Gedanke einen zu schulen. Sondern, das ist halt für die eine Werbeveranstaltung (…). Aber in der Regel sind es wirklich auch die Preise, die sind jenseits, finde ich persönlich, von Gut und Böse. Also es ist ein sehr, sehr teures Rechtsgebiet.“ (Vergabestelle, E-HAUSEN)
> „Also was mich ein bisschen wundert (…): Es gibt halt Schulungen ohne Ende natürlich (…)], wir werden hier überschüttet von Angeboten (…). Man muss natürlich dann immer auch sehen: Woher kommt der Mensch, der dann da schult oder wo ist der angesiedelt, (…) warum fühlt der sich jetzt berufen, da Einfluss zu nehmen? (…) Die Schwierigkeit ist eben, find ich persönlich immer, bei so Angeboten, zu gucken: Was ist jetzt die Ehrlichkeit dahinter? Wenn das jetzt ein Rechtsanwalt anbietet und da irgendwie beratend unterwegs ist, dann ist das, ich sag mal: ein Drittel Information und zwei Drittel Eigenwerbung.“ (Vergabestelle, C-FURT).

Die Einstellungen zur Nutzung externer Expertise, insbesondere in diesen beiden Kommunen, sind im Kontext eines pragmatischen Umgangs mit Rechtsunsicherheit zu sehen. In C-FURT nutzt man entsprechende Angebote auch deshalb „nicht so forciert“, weil man größeren Wert auf das Sammeln eigener Erfahrungen legt, verbunden mit einer betont offenen Haltung zum Risiko von vergaberechtlichen Fehlern, die geahndet werden könnten (‚*progressiver Pragmatismus*‘). In E-HAUSEN wird das Seminarangebot eines öffentlichen Trägers genutzt. Die Quintessenz, die der Vergabeverantwortliche daraus zieht, ist ein pragmatischer Umgang mit dem Vergaberecht, nach dem auch innovative Herangehensweisen möglich sind, solange man gut dokumentiert:

> „Ich glaube, das meiste, was ich bei ihm gelernt habe: ‚Es ist egal, wie Sie sich am Ende entscheiden, es muss nur (…) nachvollziehbar dokumentiert sein und von daher wird Dir am Ende auch jede Vergabekammer wahrscheinlich Recht geben.‘ (…) Das versuche ich immer mir zu Gemüte zu führen und entsprechend: Wer schreibt, der bleibt.“ (Fachamt, E-HAUSEN)

Diese pragmatische Haltung, die für neue Verfahren zugunsten von mehr Qualität durchaus offen ist, wird allerdings durch die örtliche Vergabestelle ausgebremst, wie weiter unten noch zu sehen sein wird, daher fügt sich dies hier zum Gesamtbild eines ‚*gebremsten Pragmatismus*‘.

Externe Akteure können darüber hinaus auch in anderer Hinsicht eine Rolle spielen. Die Herstellung von Handlungssicherheit ist in den untersuchten Kommunen nicht nur auf vergaberechtliche Passung angelegt, sondern auch zum Teil darauf, die ‚Black Box' des Marktes mit Licht zu füllen. So ist der Vergabeverantwortliche in D-BRÜCK besonders dankbar über den „guten Telefonkontakt" mit der Landesbehörde für Migration, die in dieser Kommune, wie erwähnt, über obligatorische Landesvorgaben die Auftragsvergabe von Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte mitgestaltet. Hier spielt ein externer Akteur insofern keine geringe Rolle, als er seinerseits aktiv auf den Vergabeprozess einwirkt und das Fachamt sich nicht erst, wie in den anderen Kommunen, selbst auf den Weg machen muss, um Fachwissen einzuholen. Die Landesbehörde teile auch mal Erfahrungen mit einzelnen Bietern, die etwa im Zuge eigener Ausschreibungen oder in der Zusammenarbeit mit anderen Kommunen gesammelt worden sind:

> „Also ich weiß jetzt nicht, wenn sich jetzt die und die Firma bewirbt, ob das jetzt irgendwo ein schwarzes Schaf ist oder nicht. (…) Da gibt es dann auch einen Hinweis vom Land, manchmal: ‚Wenn der und der Bewerber dabei ist, guckt da mal genauer hin. Wir wissen, da ist die und die Kalkulation vielleicht nicht ganz in Ordnung.'" (Fachamt, D-BRÜCK)

Auch die Marktteilnehmer selbst werden mitunter mit ihrer Expertise einbezogen, so vor allem in A-BURG. Kontakte zum BDSW und einzelnen Verbandsunternehmen werden bemüht, um fachliche Fragen zu klären:

> „Man tauscht sich telefonisch aus, man lernt sich ja kennen auf irgendwelchen Messen oder auf irgendwelchen Fortbildungsmaßnahmen, also der Kontakt wird da vertieft. Und es ist ja praktisch, wenn man dann einfach zum Telefonhörer greifen kann und mal fragen kann: ‚Ich hätte da mal eine Frage, können Sie mir das erklären?'. Also eigentlich läuft das schon ganz gut." (Vergabestelle, A-BURG)

Dies passt gut in das Gesamtbild der Kommune, die sich nicht nur durch weitgehend professionalisierte Entscheidungsstrukturen im Vergabeprozess, sondern auch im Hinblick auf einen ‚*perfektionistischen*' Umgang mit Rechtsunsicherheit abhebt. Rechtliche und praktikable Spielräume werden einerseits durch eine vergleichsweise hohe verwaltungsinterne juristische Expertise als auch durch die zumindest informelle Konsultation von Branchenexpert*innen ausgelotet.

Die vorstehende Analyse zeigt insgesamt, dass mit der Zentralisierung neue Kooperationserfordernisse zwischen verschiedenen Verwaltungseinheiten entstanden sind; dabei treffen auch unterschiedliche Perspektiven im Hinblick auf Wünsch- und Machbarkeit von ‚mehr Qualität' aufeinander und müssen in

Ausgleich gebracht werden. Die Fallstudien lassen aber keine durchgängigen Interessengegensätze nach dem Muster eines Konflikts zwischen ‚professionals' und ‚managers' erkennen – hier die primär an Dienstleistungsqualität orientierten Fachämter, dort die Vergabestellen, die je nach organisatorischer Anbindung als vergaberechtliche oder haushaltsrechtliche Bremsen wirken. Dem steht nicht zuletzt die zumeist recht weitgehende Autonomie der Fachämter entgegen. Und auch dort, wo zentrale Vergabestellen oder auch andere übergeordnete Landesbehörden durch standardisierte Unterlagen stark in die Ausschreibungsprozesse intervenieren, sind diese Interventionen teilweise auch dem Ziel der Qualitätssicherung verpflichtet. Hier kommt es in hohem Maße auf Aufgabenverständnis und Wertekanon der Beteiligten an, sodass sich innerhalb ähnlicher Strukturen unterschiedliche Varianten im Umgang mit dem Spannungsfeld von Rechtskonformität und Rechtsunsicherheit herausbilden.

Wichtig festzuhalten ist dabei, dass es auch jenseits einer Strategie der Maximierung von vergaberechtlicher Expertise (‚*Perfektionismus*') andere Varianten gibt, die Züge eines ‚agilen' Handlungsverständnisses tragen, und die grundsätzlich ebenso geeignet erscheinen, Lernprozesse anzustoßen und Lösungen für die zahlreichen Hürden und Herausforderungen in der Vergabepraxis zu entwickeln.

8.2 Strategien: Gute Qualität statt billigster Preis – aber wie?

Um die Lernprozesse und Lösungen, also die detaillierten Praktiken der Auftragsvergabe, soll es nun gehen. In beiden Segmenten entwickeln die Akteure hier Strategien, die den Preiswettbewerb einzuschränken suchen. Sie finden dabei unterschiedliche Antworten auf die im vorigen Kapitel angeschnittenen Herausforderungen – insbesondere die Schwierigkeit einer überprüfbaren und vergaberechtskonformen Qualitätsdefinition, der Qualitätsmessung ex ante sowie der Qualitätskontrolle ex post unter den jeweils besonderen Bedingungen der beiden Marktsegmente (v. a. Einbindung von vergaberechtlichen Laien in der Schulverpflegung, unseriöse Anbieter und Fachkräftemangel in den Sicherheitsdienstleistungen).

Auch wenn diese Strategien nur begrenzt und indirekt auf die Arbeitsbedingungen des eingesetzten Personals Einfluss nehmen, sollen sie auf den nachfolgenden Seiten etwas näher beleuchtet werden. Denn diese Detailanalyse verdeutlicht mehrerlei:

- Mit dem Leistungsbestimmungsrecht greifen die kommunalen Auftraggeber *erstens* zunehmend tief in die Abläufe der Dienstleistungsproduktion ein und beschränken den Markt als Suchverfahren für Preis und Qualität zum Teil stark.
- *Zweitens* mobilisieren sie dafür erhebliche Ressourcen und nehmen dafür auch höhere Transaktionskosten in Kauf, sowohl zum Zeitpunkt der Vergabe als auch während der Vertragslaufzeit.
- Schließlich entwickeln sie *drittens* kreative Lösungen im Umgang mit Rechtsunsicherheit und weiteren Herausforderungen.

All dies gilt, wie wir noch sehen werden, für die sozialen Kriterien weit weniger; aber nicht, weil dies an einer grundsätzlich konservativen, auf rechtliche Absicherung fixierten Herangehensweise scheitert, sondern jedenfalls auch, weil diese primären qualitätsorientierten Strategien erhebliche Ressourcen und Aufmerksamkeit des Verwaltungspersonals in Anspruch nehmen. Zugleich bereitet die qualitätsorientierte Reorganisation aber in Teilen auch den Boden für die stärkere Berücksichtigung auch sozialer Kriterien.

8.2.1 Das Beispiel Schulverpflegung

Die unterschiedlichen Entscheidungsstrukturen und grundsätzlichen Herangehensweisen in den Fallstudien-Kommunen eröffnen auch unterschiedliche Wege zu ‚mehr Qualität' in der Schulverpflegung. Tab. 8.3 gibt zunächst einen Überblick über die jeweiligen Praktiken in der Auftragsvergabe in den vier Fallstudienkommunen, die nachfolgend näher erläutert werden.

8.2.1.1 Verfahrensgestaltung: Innovationen zugunsten der Essensqualität

Am wenigsten Impulse in Richtung ‚mehr Qualität' gehen in E-HAUSEN von der Behördenseite aus. Hier hat das Schulamt mit der Verfahrenswahl ‚Konzession' und den damit verbundenen größeren vergaberechtlichen Freiräumen aber immerhin sichergestellt, dass der Preis nicht das einzige Kriterium sein *muss.* Dies eröffnet dezentrale Spielräume für das – nach Aussage des Schulamtes von Schule zu Schule sehr unterschiedlich ausgeprägte – Engagement von Schulleitungen und Eltern zugunsten der Essensqualität. Auch Bieter selber können sich mit eigenen Vorschlägen zur Qualitätsverbesserung einbringen und damit den Professionalisierungstrend an die Schulen herantragen. Dies illustriert der Fall des interviewten Unternehmens in E-HAUSEN, das im Rahmen eines ‚Pilotprojektes'

Tab. 8.3 Strategien der Auftragsvergabe: Schulverpflegung

Umgang mit Rechtsunsicherheit	BERLIN ‚Perfektionismus'	C-FURT ‚Pragmatismus'	D-BRÜCK ‚Pragmatismus'	E-HAUSEN ‚Tiefflug'
Verfahrensart	offene Ausschreibung als Dienstleistung	offene Ausschreibung als Lieferleistung	Verhandlungs-verfahren für DL-Konzession	offene Ausschreibung als DL-Konzession
Gewichtung Preis/ Qualität	100 % Qualität	30 % Preis; 70 % Qualität	Verhandlung über Preis und Qualität im Verfahren	nicht vorab festgelegt, Festlegung durch jede Schule
Qualitätsbewertung ex-ante	hoch detailliertes Bewertungsschema; DGE-Normen verbindlich; stark formalisiertes Beteiligungs-verfahren mit Schulen + Ersatzjury d. Schulamtes	mittel/hoch Vorgegebenes Bewertungsschema; auf Basis von DGE-Standards, Einbezug von Gesundheitsamt bei Angebotsbewertung	mittel DGE-Standards als Verhandlungsbasis; konkrete Wunsch-Vorgaben (‚Cook and Chill')	gering/variabel keine Vorgaben durch Schulamt; Kriterienauswahl obliegt Schulen
Qualitätskontrollen ex-post	hoch Einrichtung spezieller Prüfstelle zur Qualitätskontrolle kooperatives Qualitätsmanagement	mittel/hoch Stichprobenkontrollen durch städtisches Personal kooperatives Qualitätsmanagement	mittel Kooperatives Qualitätsmanagement unter Einbezug von Schulen und Gesundheitsamt	gering/k.A

Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis der Fallstudien

an einer Schule von der Warmverpflegung zu einer Mischverpflegung übergegangen ist, bei der ein Teil der Speisen vor Ort von Ausgabekräften nachgegart oder frisch zubereitet wird. Diese Misch-Versorgungsform war keine Auflage in den Ausschreibungsunterlagen; vielmehr kam der Impuls hierfür laut Unternehmensinhaberin nicht zuletzt durch die entsprechende Öffentlichkeitsarbeit insbesondere der Vernetzungsstelle Schulverpflegung. Dadurch begünstigt habe sich dies „im Laufe des Ausschreibungsvorgangs (…) so mit der Schule im Gespräch entwickelt, mit den Elternvertretern: ‚Mensch, wir wollen eine Verbesserung. Wie können wir was machen?'" (Unternehmen SchuCat, E-HAUSEN).

Die weitgehende Delegation der Entscheidungsprozesse an die Schulen bietet also erhebliche Flexibilität, Impulse von außen (VNS) und von ‚unten' (Schulen, Eltern, Firmen) in Richtung mehr Qualität aufzunehmen und umzusetzen.[13] Eine stärker von oben steuernde Herangehensweise charakterisiert hingegen die Verfahrensinnovationen in den drei anderen Kommunen. Dort kommen drei verschiedene Verfahren zum Einsatz:

1. Die vollständige Ausschaltung des Preises als Auswahlkriterium (BERLIN);
2. eine hohe anteilige Gewichtung von Qualität als Auswahlkriterium (C-FURT);
3. und schließlich die Aushandlung von Preis und Qualität im Verhandlungsverfahren (D-BRÜCK).

Eine Vergabe, die den Preis als einziges Bewertungskriterium mit 100 % gewichtet, gibt es also in keiner Fallstudienkommune mehr, anders als im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen.

Mit der *vollständigen Ausschaltung des Preises* als Auswahlkriterium greift man in BERLIN zu der radikalsten Innovation. Der Preis, zu dem die Caterer das Schulmittagessen anbieten müssen, wird hier – wiederum unter Rückgriff auf externe fachliche Expertise – vorab ermittelt. Bieter dürfen diesen Preis weder unter- noch überschreiten. Stattdessen sind sie gehalten, auf dieser Kalkulationsbasis ihr Angebot zu konzipieren; dies wird ausschließlich nach Qualitätsgesichtspunkten bewertet.

Grund für diese radikale Innovation war nach Darstellung des zuständigen Referenten in der Schulbehörde die Einschätzung, dass bei einer bloß anteiligen Gewichtung von Qualitätskriterien (oft mit weniger als 50 %) der Preis letztlich das dominante Auswahlkriterium bleibe. Zur Qualitätsbewertung legen

[13] Von solchen dezentral, durch Eltern- und Schulengagement vorangetriebenen Innovationen in kleineren oder ländlichen Kommunen berichten auch mehrere interviewte Vertreter*innen verschiedener regionaler Vernetzungsstellen, die in solchen Fällen beratend hinzugezogen werden.

die Musterausschreibungsunterlagen Mindestbedingungen und Zuschlagskriterien fest (Testverkostung: 50 %, schulbezogenes Umsetzungskonzept: 25 %, Warmhaltezeit: 15 %, Bio-Anteil: 10 %). Anders als in den anderen Kommunen macht das Leistungsverzeichnis die DGE-Qualitätsstandards dabei nicht nur zum Bewertungsmaßstab, sondern zur verbindlichen Auflage, und erhebt die dort enthaltenen Empfehlungen zum Vertragsbestandteil – in Übereinstimmung mit dem hier besonders stark berücksichtigten Leitgedanken des New Public Management, Leistungen mithilfe engmaschiger vertraglicher Vereinbarungen zu steuern und zu kontrollieren:

> „Wir wissen in Berlin einfach: Alles, was wir vom Mittagessen erwarten, muss in die Vergabeunterlagen rein. Also kein ‚Ach bitte, machen Sie mal', sondern, ‚Die Dinger sind unsere Vertragsgrundlage'." (Schulbehörde, BERLIN)

Neben diesen leistungsbezogenen Kriterien enthalten die Ausschreibungsunterlagen zudem detaillierte Verfahrensvorgaben zur partizipativen Qualitätsbewertung unter Mitwirkung der Schulen.

Für eine *anteilige Gewichtung von Preis und Qualität* hat man sich in C-FURT entschieden; qualitative Kriterien haben hier mit insgesamt 70 % (40 % Servicekonzept, 30 % Essensqualität) ein relativ hohes Gewicht. Die Schulen sind dabei zuständig für die Bewertung des Servicekonzeptes, auf Basis eines vorgegebenen Bewertungsschemas mit Schulnoten, die sie stichwortartig begründen müssen. Die Bewertung der Essensqualität im Hinblick auf ernährungsphysiologische Aspekte erfolgt demgegenüber durch das städtische Gesundheitsamt auf Basis von Musterspeiseplänen, die die Bieter dem Angebot beilegen müssen. Das Gesundheitsamt zieht dazu eine Checkliste von Kriterien auf Basis der DGE-Qualitätsstandards heran und vergibt Punkte, mit denen der „Erfüllungsgrad" dieser Standards beziffert wird. Auch der Preis bleibt dabei nicht dem freien Wettbewerb der Bieter ausgesetzt, sondern muss in einem vorgegebenen Korridor landen und wird innerhalb dieses Korridors gemäß einer Punkteskala bewertet.

Anstelle einer festen Gewichtung von Qualität und Preis hat man demgegenüber in D-BRÜCK, wie bereits erwähnt, bei der letzten Ausschreibungsrunde erstmals von dem *Verhandlungsverfahren* Gebrauch gemacht, welches die neue Konzessionsvergabeordnung vorsieht. Das bietet aus Sicht des Schulamtes insbesondere den Vorteil, Qualitätsanforderungen und Preis auch in direkter Aushandlung mit den Anbietern ausbalancieren zu können, ohne sich dem Vorwurf der Wettbewerbsverzerrung oder Korruption auszusetzen. Zudem bietet das Verhandlungsverfahren erneut die Möglichkeit, die zu Beginn relativ weit

auseinanderliegenden Interessen von Schulen und Eltern einerseits (Qualitätssteigerung bei bezahlbarem Essenspreis) und städtischer Politik andererseits (Primat der sozialen Inklusion) innerhalb des Verfahrens auszuhandeln und auf diese Weise zur Legitimationsbeschaffung beizutragen. Wesentliche Neuerung ist hier im Ergebnis die Umstellung von Warmverpflegung auf Kühlkost (‚Cook and Chill'). In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Bieter zudem aufgefordert, die DGE-Qualitätsstandards „als Grundlage bzw. Orientierung" bei der Lebensmittelauswahl und Portionsgröße heranzuziehen. In Bezug auf den Preis schreiben die Unterlagen außerdem vor, dass mehrere *preisgleiche* Menüs pro Schule angeboten werden müssen. Damit wird an dieser Stelle dem Ziel der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse – durch die Unterbindung einer sozialen Segregation der Schüler*innen entlang unterschiedlich teurer Menülinien – Rechnung getragen. Dem gleichen Ziel dient die Ausschreibung als Gesamtlos und damit die Vergabe sämtlicher Schulen an einen einzigen großen Bieter.

Verfahrenswahl und genaue Ausgestaltung der Verfahren spiegeln also die unterschiedlichen Akzentuierungen bei den prioritären Zielen (soziale Inklusion, Qualität), sowie die unterschiedlichen grundsätzlichen Herangehensweisen (‚Perfektionismus', ‚Tiefflug', ‚Pragmatismus') wider. Letzteres kommt insbesondere im unterschiedlichen Detaillierungsgrad der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben zum Ausdruck. Im Ergebnis dokumentieren diese Fälle eine große Brandbreite an Verfahrensinnovationen, die den Preiswettbewerb zugunsten der prioritären Ziele deutlich beschränken. Weder der Preis noch die Qualität wird hier letztlich dem Suchverfahren ‚Markt' überlassen, sondern in hohem Maße durch mehr oder weniger politisch ausgehandelte Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gesetzt.

Über die verschiedenen Verfahren hinweg sehen sich die Kommunen mit der Hinwendung zur Qualität aber insbesondere zwei Herausforderungen ausgesetzt: Zum einen, wie sie bei der Bieterauswahl ex ante die Qualität der Angebote bewerten; zum anderen, wie sie diese Qualität ex post, also nach dem Zuschlag, kontrollieren und das Qualitätsversprechen damit auch gewährleisten können. Im Umgang mit diesen Herausforderungen investieren die Kommunen erhebliche Ressourcen und experimentieren mit verschiedenen Verfahrensweisen.

8.2.1.2 Vor dem Zuschlag: Partizipative Qualitätsdefinition und -bewertung

Die Qualitätsdefinition selbst stellt die Akteure im Falle der Schulverpflegung nicht vor allzu große Schwierigkeiten, zumal mit den einschlägigen fachlichen Standards recht präzise und objektiv überprüfbare Qualitätsmaßstäbe vorliegen.

Dies gilt zumindest für das Produkt selbst, also das Essen, dem die Qualitätsanforderungen auch schwerpunktmäßig gelten. So beziehen sich die Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen der untersuchten Kommunen in erster Linie auf eine gesunde und abwechslungsreiche Speisen-Zusammensetzung (gemäß DGE-Standard), auf den Anteil biologischer und/oder regionaler Lebensmittel, auf ein inklusives Angebot durch Wahloptionen bei religiös oder gesundheitlich bedingten Lebensmittel-Unverträglichkeiten. Mit den ‚Service-Konzepten' oder ‚Umsetzungs-Konzepten', die die Bieter einreichen müssen, fließen aber auch dienstleistungsbezogene Qualitätskriterien ein; etwa die Nutzerfreundlichkeit des Bestell- und Abrechnungssystems, Ideen für ergänzende ernährungspädagogische Aktionen in der Schule, und – sehr zentral – Ausführungen zum Qualitäts- und Beschwerdemanagement.

Eine Besonderheit der Schulverpflegung ist, dass zur Bewertung dieser Produkt- und Servicequalität neben dem Votum durch die verwaltungsseitigen Expert*innen in den Gesundheits- und Schulämtern partizipative Verfahren der Qualitätsbewertung unter Beteiligung von Bedarfsträgern und Vertreter*innen der Verbraucherseite treten. Diese wirken somit nicht nur bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mit, wie oben erläutert (s. Abschn. 8.1.1), sondern auch bei der *Bewertung* der Angebote. Verwaltungsseitig wird diesem ‚Verbraucher-Wahlrecht' zum Teil auch performative Wirkung zugesprochen, wie bereits ausgeführt, gemäß dem Credo: Am besten schmeckt, was man selbst ausgewählt hat. Damit verbindet sich auch die Hoffnung auf eine stärkere implizite Vertragsbindung der Verbraucher*innen (hier: vor allem der Eltern), und als Folge weniger Beschwerden und damit weniger verwaltungsseitiger Aufwand während der Vertragslaufzeit.

Dafür entsteht allerdings zum Zeitpunkt der Anbieterauswahl die Herausforderung, dass nicht nur die Behörden selbst neue Verfahren entwickeln müssen, sondern auch vergaberechtliche Laien die neuen Gepflogenheiten in dem wettbewerblichen Verfahren erlernen müssen. Zur größten Herausforderung wird dies bei der Variante ‚*Perfektionismus*' in BERLIN, wo der Anspruch an Rechtskonformität, wie gesehen, hoch ist und zugleich dem Votum der Schulgremien ein besonders starkes Gewicht bei der Auswahlentscheidung zukommt.[14] Um die Mitwirkung in vergaberechtskonformer Weise zu ermöglichen, enthalten die

[14] Das Votum der Schulen geht mit einer Gewichtung von 50 % für das Probe-Essen und 25 % für das Umsetzungskonzept in die Bewertung ein; bei letzterem haben die Schulen allerdings nur ein Anhörungsrecht.

Musterausschreibungsunterlagen überaus detaillierte Vorgaben zur Vorgehensweise. Sie zielen im Kern darauf, erstens die Schulgremien zu einer nichtdiskriminierenden Auswahlentscheidung anzuleiten, die also nicht auf Vorlieben und vorgefassten Einschätzungen beruht, sondern auf den in den Ausschreibungsunterlagen minutiös vorgegebenen Kriterien zur objektiven Qualitätsbeurteilung. So enthalten die Unterlagen zum Beispiel ein Schema für die Bepunktung der sensorischen Essenqualität, die nochmal nach Geschmack, Geruch, Mundgefühl und Aussehen des Essens differenziert. Zweitens zielen die Vorgaben darauf, die Mitsprache der Schulen auf das vergaberechtlich zulässige Maß zu beschränken, die Vergabeentscheidung also zumindest formal nicht zu delegieren. Ein Kniff ist hier die Einsetzung einer ‚Ersatzjury', bestehend aus Mitarbeiter*innen des Schulamtes, die zusätzlich zu den Essensausschüssen der Schulen an den Testverkostungen teilnehmen und zu einer eigenständigen Qualitätsbewertung kommen, welche als Ersatz-Votum greift, wenn es Zweifel an der objektiven Qualitätsbeurteilung seitens der Schulgremien gibt. Damit ist hier eine Kontrollinstanz geschaffen, die den Schulgremien bei ihrer Auswahl(-empfehlung) gewissermaßen auf die Finger schaut.

Auf diese Weise trägt das neue Verfahren in BERLIN den bezirklichen Schulämtern und Vergabestellen auch die Aufgabe auf, für eine Professionalisierung (i.S.v. Objektivierung der Bewertung) der Entscheidungsfindung in den Schulgremien Sorge zu tragen und deren Mitsprache in vergaberechtlich zulässige Bahnen zu lenken. Aus dieser Mittlerrolle – der Aufklärung vergaberechtlicher Laien und der Berücksichtigung ihrer Wünsche – entstehen für die Vergabestelle mit die größten Herausforderungen. Mehrfach, so das Schulamt im ausgewählten Schulbezirk, habe es sich gezwungen gesehen, Schul-Voten durch das Votum der Ersatzjury zu ersetzen, was regelmäßig zu erheblichem Unmut auf Seiten der Schulen führe. Für das Schulamt verursacht dies viel kommunikative Nacharbeit, um für Aufklärung und Verständnis zu sorgen. Ein Problem stellt dabei aus Sicht der Behörde auch die Tatsache dar, dass sowohl die Elternvertreter*innen als auch das zuständige Schulpersonal häufig wechseln, sodass das Schulamt immer wieder vor der Aufgabe steht, Laien mit dem Prozedere vertraut zu machen und deren Fehler zu korrigieren.

Ergänzend oder anstelle solcher stark formalisierten Beteiligungsverfahren bei der Bieterauswahl haben sich in den Fallstudienkommunen aber auch Strategien und Praktiken herausgebildet, die die Ausbalancierung von Schul-Wünschen und Vergaberecht auf weniger formelle Weise bewältigen, zum Teil auch durch informelle Kompromisse am Rande des vergaberechtlich Zulässigen. Ein anschauliches Beispiel hierfür bietet der Fall C-FURT. Nach anfänglichen Versuchen mit

dem Instrument des Probe-Essens hat man hier wegen vergaberechtlicher Zweifel, aber auch wegen des hohen organisatorischen Aufwandes darauf verzichtet und die Mitwirkung der Schulgremien auf die Bewertung des schriftlichen ‚Servicekonzepts' beschränkt (40 % Gewichtung). Mehrfach ist es dadurch auch hier vorgekommen, dass Schulen nicht ihren ‚Wunsch-Caterer' bekamen oder behalten durften, da die anderen Gewichtungskriterien (30 % Essensqualität, bewertet durch das Gesundheitsamt; 30 % Preis) stärker wiegen. Vermutlich auch, um daraus resultierende Konflikte zu vermeiden, bemüht sich das Schulamt daher, die Wünsche der Schulen im Vorfeld der Bieterauswahl, also bei der Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses, so weit als möglich zu berücksichtigen. Auf diese Weise lässt sich die Passförmigkeit der eingehenden Angebote mit den Schulwünschen ex-ante steigern – selbst unter Inkaufnahme vergaberechtlich umstrittener Kriterien. So werden zum Teil Bedingungen und Kriterien aufgenommen, die den Teilnehmerkreis de jure oder de facto deutlich beschränken. Nach Auskunft des Schulamtes kommt man beispielweise dem Wunsch einer Schule nach, wenn diese fordere, dass der Caterer binnen „fünf Minuten" Ersatzlieferungen machen könne. Dies schränkt den Bieterkreis auf das unmittelbare örtliche Umfeld ein und ist sachlich – und damit vergaberechtlich – eher schwer zu begründen. Nach der Einschätzung beider befragten Unternehmen in C-FURT werden solche Vorgaben auch genutzt, um a priori bevorzugte Unternehmen bezuschlagen zu können. Der Vertreter eines Unternehmens schildert seine Erfahrung mit einer Ausschreibung, bei der eine Anfahrtszeit von 10 min in den Ausschreibungsunterlagen als Bedingung genannt wurde.[15] An dieser habe er sich ursprünglich beteiligen wollen, habe durch Gespräche im Vorfeld mit der Schulleitung aber erfahren, dass diese unbedingt den – nur wenige Fahrtminuten entfernten – bisherigen Anbieter behalten wollte. Daher habe er hier kein Angebot abgegeben; man wolle schließlich nicht mit Schulen zusammenarbeiten, die sich gegen die Zusammenarbeit mit dem neuen Caterer sperren würden. Zugleich schildert er einen ähnlich gelagerten Fall, bei dem ein anderes Unternehmen sein Angebot zurückgezogen habe, weil die Schule sein eigenes Unternehmen bevorzugt habe.

[15] Ausweislich der Einschätzungen von Expert*innen bei einer von uns besuchten Fachtagung gilt ein stärker ausgeweiteter Einzugskreis (z. B. 30 min Anfahrtszeit) als sachlich begründbar und ist damit eher im Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen. Generell dokumentierten bei diesem wie auch bei anderen Fachworkshops die Debatten und Rückfragen seitens kommunaler Vergabepraktiker*innen an juristische Expert*innen, dass in der kommunalen Vergabepraxis ein erhebliches Interesse daran zu bestehen scheint, den Bieterkreis auf lokal ansässige Unternehmen zu beschränken. Vermutlich kommt hier neben sachlichen und ökologischen Gründen (Transportwege) auch das traditionelle Motiv der Förderung des (lokal ansässigen) Mittelstandes zum Tragen.

Informell hat sich hier in C-FURT also offenbar ein stillschweigender Konsens unter den Marktteilnehmern herausgebildet, auch vergaberechtlich fragwürdige Praktiken nicht zu beanstanden, weil man an einer guten Zusammenarbeit mit den Bedarfsträgern interessiert ist. Vermutlich wird diese Haltung wiederum dadurch begünstigt, dass sich in C-FURT bislang kaum externe, bundesweit tätigen Caterer an den Ausschreibungen beteiligt haben und das Marktsegment damit recht stabil unter wenigen regional angesiedelten Unternehmen aufgeteilt ist. Die zum Teil recht wohlwollende Auslegung des Vergaberechts durch das Schulamt zugunsten der Schulwünsche wird informell offenbar von allen Beteiligten mitgetragen – eine Voraussetzung die, wie gesehen, im Falle BERLINs fehlt und insofern den dortigen Formalismus zu erklären hilft.

8.2.1.3 Nach dem Zuschlag: Qualitätskontrollen und kooperative Qualitätsproduktion

Neben den Verfahren zur prospektiven Qualitätsbewertung haben die Kommunen umfangreiche Maßnahmen zur Qualitätskontrolle nach der Bezuschlagung, also während der Vertragslaufzeit, entwickelt. Bereits die Vorschriften im Rahmen der allgemeinen amtlichen Lebensmittelüberwachung verpflichten die Unternehmen zu Eigenkontrollsystemen mit umfangreichen Dokumentations-Pflichten (etwa zu Warmhaltezeiten, Temperaturkontrollen), die stichprobenhaft überprüft werden. Die Bemühungen der Kommunen im Rahmen der Vergabeprozesse gehen aber noch deutlich über diesen engen Fokus auf die *Lebensmittelsicherheit* hinaus und zielen auf die Durchsetzung der vertraglich zugesicherten *Essensqualität* (z. T. auch -quantität). Am stärksten sticht hier wiederum das Beispiel BERLIN heraus. Eine spezielle Stelle zur Qualitätskontrolle auf Landesebene, die die Essensqualität stichprobenhaft überprüfen, wurde hier auch als vertrauensschaffende Maßnahme gegenüber Schulen und Eltern eingeführt und ist zugleich aus Sicht des zuständigen Behördenmitarbeiters das nötige Gegenstück zur detaillierten vertraglichen Fixierung des Qualitätsversprechens:

> „Und wir konnten damals mit der Neuordnung [den Eltern] auch schon etwas versprechen, dass wir eine völlig neue Art der Qualitätskontrolle im Land Berlin einziehen, die arbeitet jetzt schon. Wir haben eine Qualitätskontrollstelle in Berlin errichtet mit drei Ernährungsberatern, die nur das Mittagessen in Berliner Schulen kontrollieren. Die gehen in die Schulen, die probieren, die gehen in die Produktionsküche, die gucken sich die Speisepläne an und es werden sogar auch Laborproben des Essens bezogen, auch bundesweit einmalig. So dass wir also nicht nur ausschreiben und sagen: ‚Genau das wollen wir haben', sondern dass wir auch kontrollieren." (Schulbehörde, BERLIN)

Auch andernorts ist jedoch, wie in C-FURT, eigens dafür abgestelltes städtisches Personal während der Vertragslaufzeit beratend und kontrollierend in den Schulen tätig. Die Unternehmen müssen hierfür auch umfangreiche Einsicht in ihre Unterlagen gewähren und Nachweise beibringen, etwa Rechnungsbelege, die den vertraglich zugesicherten Anteil von Bio-Lebensmitteln am Gesamt-Wareneinsatz dokumentieren (C-FURT, BERLIN). Darüber hinaus verpflichten die Auftraggeber die bezuschlagten Bieter auch zu einer Art ‚kooperativem Qualitätsmanagement' unter Beteiligung der Schulgremien. So fließen die Qualitätsmanagementkonzepte der Bieter und darin vorgesehene Mitwirkungsmöglichkeiten der Schulen in die Bewertung der Angebote ein (C-FURT, BERLIN); oder die Bieter werden per Vertrag zur Durchführung regelmäßiger Zufriedenheits- Befragungen unter Schüler*innen verpflichtet, die wiederum auch in den halbjährlichen Qualitätsdialog auf städtischer Ebene unter Beteiligung von Schulen, Caterer sowie Schul- und Gesundheitsbehörde einfließen (D-BRÜCK).

Die befragten Unternehmen bewerten diese engen Kooperationsformen grundsätzlich positiv, weil dies im besten Fall auch zur Steigerung der Kundenzufriedenheit beiträgt und damit die Chance für positive Referenzen, eine Vertragsverlängerung oder sogar erneute Bezuschlagung bei Neuausschreibung erhöht. Häufige Wechsel auf Seiten der involvierten Schul- und Elternvertreter*innen begrenzen nach Einschätzung einer Unternehmensvertreterin (die sich auf ihre Erfahrungen an mehreren Standorten des Unternehmens bezieht) allerdings die Bindungswirkung solcher partizipativen Verfahren. Durch diese Wechsel stünde man immer wieder erneut unter Rechtfertigungsdruck in Bezug auf Kernparameter des Auftrags, also vor allem Preishöhe und Leistungsumfang, die während der Vertragslaufzeit vom Unternehmen selbst eben nur in engen Grenzen angepasst werden könnten. Hier wünscht sich das Unternehmen Entlastung durch eine kontinuierliche „Aufklärung" der Eltern durch Politik und Behörden, die das Verständnis für vergaberechtliche Zusammenhänge, wie auch für produktionsseitige Abläufe und Kosten, und damit auch für den angemessenen Preis der Leistung, erhöhen könnten:

> „Also, da muss grundsätzlich viel mehr aufgeklärt werden, das finde ich sehr schade. Auch, wie sich der Preis zusammensetzt, was die Mitarbeiter betrifft. Weil, das können auch ganz viele nicht nachvollziehen, was diese Vor- und Nachbereitungsarbeiten betrifft, was die Dokumentation betrifft, dass es schwierig ist, Personal für zwei Stunden zu finden, dass ich dementsprechend auch mehr bezahlen muss, damit ich auch Personal finde." (Geschäftsführung Cateringunternehmen, D-BRÜCK)

Auch für die Unternehmen fällt also – nicht zuletzt als Folge steigender Preise für gestiegene Qualitätsanforderungen – mitunter erhebliche kommunikative ‚Aufklärungsarbeit' im Zusammenhang mit den Verfahren der Qualitätsbewertung und -kontrolle an.

Insgesamt setzen die Kommunen gewissermaßen auf kooperative Qualitätsproduktion, anstelle der bloßen Kontrolle vertraglich vereinbarter Bestandteile. Dies verdeutlicht, dass man selbst dort, wo man sich bereits im Vorfeld intensiv um die präzise Vermessung und vertragliche Fixierung von Qualität bemüht hat, nicht allein auf das Steuerungsinstrument Vertrag verlässt, sondern erhebliche Ressourcen aufwendet, um diese Verträge mit Leben zu füllen und das Qualitätsversprechen damit wirksam zu erfüllen.

8.2.2 Das Beispiel Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte

Auch im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte entwickeln die Vergabepraktiker*innen durchaus kreative Praktiken, in denen sich auch die unterschiedlichen grundsätzlichen Umgangsweisen mit Rechtsunsicherheit niederschlagen. Tab. 8.4 gibt dazu zunächst einen Überblick.

8.2.2.1 Verfahrensgestaltung: Mehr Gewicht für die Qualität

Die Ausschreibungen für Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte gestalten sich in den vier Fallstudienkommunen übergreifend als offene, EU-weite Verfahren, wobei einzelne, auf die jeweiligen Unterkünfte bezogenen Aufträge in Lose gebündelt werden. Im Hinblick auf die Sicherstellung von Qualität bei der Ausführung der Sicherheitsdienstleistung nutzen die Auftraggeber zwei Möglichkeiten:

1. Bei der Angebotsbewertung ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium; Qualitätsaspekte werden über die Festlegungen bestimmter Eignungskriterien sowie Bestimmungen im Leistungsverzeichnis mehr oder weniger weitreichend vorgegeben (A-BURG, C-FURT, E-HAUSEN).
2. In die Angebotsbewertung fließen auch Qualitätskriterien ein, etwa die Anzahl qualifizierter Kräfte, die zum Einsatz kommen (D-BRÜCK).

Die Gründe für diese Strategien sind verschieden: In E-HAUSEN trägt sowohl die ablehnende Haltung der Vergabestelle gegenüber qualitativen Kriterien dazu bei;

Tab. 8.4 Strategien der Auftragsvergabe: Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte

Umgang mit Rechtsunsicherheit	E-HAUSEN ‚gebremster Pragmatismus'	D-BRÜCK ‚progressiver Vollzug'	A-BURG ‚Perfektionismus'	C-FURT ‚progressiver Pragmatismus'
Verfahrensart	offen, EU-weit	offen, EU-weit	offen, EU-weit	offen, EU-weit
Gewichtung Preis/Qualität	100 % Preis	70 % Preis, 30 % Qualität	100 % Preis	100 % Preis
Qualitätsbewertung ex ante	mittel Anforderungen bzgl. Eignung, z. T. Nachweispflichten, Referenzprüfung; Personal-qualifikation	gering/mittel kaum Vorgaben bzgl. Eignung; vglw. hohe Vorgaben zu Personal-qualifikation + weitere Anreize über Zuschlagsgewichtung	hoch weitreichende Anforderungen bzgl. Eignung + Nachweispflichten, Referenzprüfung + umfass. Leistungskatalog	mittel Anforderungen bzgl. Eignung, z. T. Nachweispflichten, Referenzprüfung; Personal-qualifikation
Qualitätskontrollen ex post	gering keine system. Kontrolle	gering/mittel keine system. Kontrolle; indirektes Personalmanagement durch rigide Dienstanweisung	mittel/hoch systemat. Kontrolle bzgl. Personalqualifikation + Checkliste für Bedarfsstellen; Anreize für Bieter (Vertragsverlängerungsoption)(u. indirektes Personalmanagement	gering/mittel keine system. Kontrolle, aber unregelmäßige ‚Visiten'; indirektes Personalmanagement durch rigide Dienstanweisungen + Mitsprache-rechte des Auftraggebers

Quelle: Eigene Zusammenstellung auf Basis der Fallstudien

als auch eine stärkere Orientierung am finanziellen Rahmen, der durch die Aushandlungen zwischen Sozialamt und Land zur Kostenerstattung mit beeinflusst wird. Weil der refinanzierte Personalschlüssel und der zeitliche Bewachungsumfang – und damit der größte Kostenfaktor – in diesen Aushandlungen vorab festgelegt werden, sieht das Immobilienressort keinen Raum für qualitative Kriterien, welche zur Bezuschlagung von Angeboten mit höherem Stundenvolumen zwingen könnten, die dann nicht vollständig refinanziert würden.[16] Qualität wird hier daher über verbindliche Vorgaben versucht zu berücksichtigen. Folgendes Zitat macht deutlich, dass es bei dieser Variante der Preisgewichtung zu 100 % darauf ankommt, Qualität ex ante möglichst detailreich vorzudefinieren und dabei stets das Auftreten möglicher Probleme zu antizipieren:

> „Ich sage immer meinen Auszubildenden als praktisches Beispiel: Wenn Sie ausschreiben, in dem Sie sagen: ‚Ich möchte einen Stuhl kaufen, der Günstigste kriegt das Angebot'. Da kriegen Sie einen Stuhl, und der hat nur ein Bein, das ist das Problem. Und dann sage ich: ‚Ach stimmt, habe ich nicht dabei gesagt'. Also müssen Sie aufschreiben: ‚Ein Stuhl, der vier Beine hat'. Und dann kriegen Sie einen Stuhl mit vier Beinen, aber der hält nur 40 kg. Und dann, das ist ja genau der Punkt, dass man vorher genau alles wissen muss, was hinterher auftreten könnte." (Fachamt, C-FURT)

Auch in A-BURG ist den Interviewten sehr daran gelegen, die Entscheidung für eine 100 %ige Preisgewichtung gegenüber der verbreiteten Annahme zu verteidigen, dies begünstige Mängel in der Auftragsausführung:

> „Standard geht bei uns der Zuschlag nach dem Preis. Also der billigste Anbieter kriegt den Zuschlag. Das heißt aber nicht, weil das immer falsch verstanden wird, dass wir nur auf den Preis schauen, sondern es müssen eine Reihe von Qualitätskriterien erfüllt werden." (Vergabestelle A-BURG)

Anders als in den drei anderen Kommunen hat sich in D-BRÜCK das zuständige Fachamt gerade erstmals für eine Öffnung des Preiswettbewerbs zugunsten

[16] Im Vergleich zu den anderen Fallstudien ist dem Land hier in besonderem Maße daran gelegen, die Kosten niedrig zu halten, was sich vor allem in einem sehr niedrigen Personalschlüssel von zum Untersuchungszeitpunkt 1,5 Sicherheitsbeschäftigten pro 300 Bewohner*innen niederschlägt. Zum Vergleich: Die Empfehlung des BDSW lautet 2 Mitarbeiter*innen als Basis für jede Unterkunft („4-Augen-Prinzip") und ab 76 Bewohner*innen eine zusätzliche Kraft je weitere 75 Bewohner*innen (BDSW 2016).

leistungsbezogener Wertungskriterien entschieden.[17] Begünstigt hat die Entscheidung für diese progressivere Vergabestrategie keine umfassende vergaberechtliche Bewertung oder der Einbezug eines multiprofessionellen Netzwerks, wie im Falle der Schulverpflegung zum Teil der Fall, sondern der „Hinweis vom Land, der besagt: ‚Nein, nicht 100 % nach dem Preis'" (Fachamt, D-BRÜCK). Hintergrund ist die bereits erwähnte, vergleichsweise umfangreiche landespolitische Finanzierung zur Unterbringung von Geflüchteten, die auch die Ausstattung mit einem Sicherheitsdienst beinhaltet (s. Abschn. 8.1.2.2). Auch wolle man Anreize für einen höheren Anteil qualifizierter und im Hinblick auf die zu veranschlagenden Personalkosten teurerer Kräfte schaffen. Bei der üblichen, rein preisbasierten Strategie stehe man, so der Interviewte, vor dem Problem, dass die Bieter dazu geneigt sind, eher die billigeren Kräfte einzupreisen.[18] Zugleich biete die gewählte Variante zumindest theoretisch den Vorteil, das Unternehmen mit den meisten qualifizierten Mitarbeiter*innen zu bezuschlagen. Was die Gewichtung von Preis (70 %) und Qualität (30 %) angeht, zeigt sich der Vergabeverantwortliche noch nicht zufrieden. Eine höhere Bewertung qualitativer Leistungskriterien sei jedoch gegenüber dem kommunalen Vergabeausschuss nicht durchzusetzen.

Auch bei dieser Variante kommt es aber nicht allein auf die quantitative Gewichtung an, sondern auch auf die Auswahl geeigneter Gewichtungskriterien, weiterer Vorgaben und Kontrollen (siehe die folgenden beiden Abschnitte).

8.2.2.2 Vor dem Zuschlag: Qualitätsprüfung jenseits bloßer Nachweispflichten

Bei der Formulierung von Qualitätsanforderungen und ihrer Prüfung und Bewertung in den eingegangenen Angeboten stehen die Kommunen im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen insbesondere vor zwei Herausforderungen: Die Angebotsstrukturen des Marktes, sprich ein Engpass in Bezug auf seriöse Unternehmen sowie zuverlässiges und fachlich qualifiziertes Personal, sowie Hürden des Vergaberechts. So zieht das neue Vergaberecht wie erläutert enge Grenzen für einen Ausschluss von Bietern aufgrund von Schlechtleistungen bei früheren Aufträgen (s. Abschn. 7.1.2.3).

[17] Zu 30 % entscheiden über den Zuschlag Angaben zum Anteil qualifizierter Mitarbeiter*innen, die für den Auftrag eingesetzt werden können, sowie zur Häufigkeit von Weiterbildungen. Auch werden Angaben zur flexiblen Personalaufstockung in besonderen Notfällen und zur Ausstattung des Personals (Uniform, Funk) in die Wertung einbezogen.

[18] Ausgeblendet wird hierbei die rechtliche Möglichkeit, einen gewissen Anteil qualifizierter Kräfte für den Einsatz qua Leistungskatalog vorzugeben.

Diesen Herausforderungen begegnen die Kommunen zunächst mit Anforderungen, die in die Eignungskriterien sowie das vertraglich bindende Leistungsverzeichnis der Vergabeunterlagen integriert sind. Zwischen den Fallstudien variieren die Anforderungen an die Unternehmen zur Sicherung einer qualitätsvollen Performanz *ex ante* zum Teil recht stark, wie Tab. 8.4 veranschaulicht. Die hinsichtlich ihres Umfangs und Detaillierungsgrades geringsten Vorgaben werden in D-BRÜCK getroffen, wo Bieter lediglich auf Nachfrage die Auskömmlichkeit des Angebots bestätigen müssen. D-BRÜCK ist zwar die einzige Kommune mit qualitativen Zuschlagskriterien, bildet in Bezug auf detaillierte Bieter-Vorgaben jedoch das Schlusslicht. Die umfassendsten und stringentesten Regelungen trifft dagegen A-BURG. Zum einen bilden die vielen Nachweispflichten im Rahmen der Eignungsprüfung ein erstes wichtiges Qualitätssieb, zum anderen wird mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis eine vertragliche Bindung des Dienstleisters an das erwartete Qualitätsniveau fixiert.

Von den bietenden *Unternehmen* werden in den verschiedenen Kommunen (z. T. nachweispflichtige) Angaben zu einer großen Bandbreite von Kriterien gefordert, die in erster Linie dem Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit dienen.[19] Die technische und berufliche Leistungsfähigkeit wird neben dem bereits erwähnten Nachweis von Referenzen über die Zugehörigkeit zur Berufsgenossenschaft inkl. ausgestellte Unbedenklichkeitsbescheinigung, eine Angabe zur Anzahl der Beschäftigten nach Qualifikation bzw. betrieblicher Position, sowie einer Beschreibung von Unternehmensstruktur, Qualitätsmanagement oder teils auch Personalauswahlverfahren sowie Aus- und Weiterbildung abgefragt. Eine Kommune verlangt von den Bietern die Zertifizierung nach DIN 77200 und sichert sich insofern durch formale Branchenstandards ab. Des Weiteren werden Seriosität und Zuverlässigkeit der Bieter in Form von Eigenerklärungen zu einer Reihe von Strafbeständen überprüft, deren Vorliegen fakultative und zwingende Ausschlussgründe darstellen, u. a. Geldwäsche, Betrug, Bestechlichkeit und Bestechung sowie Steuerhinterziehung (zwingend) und Verstöße gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen oder gravierende Schlechtleistung in einem vorherigen Auftrag, die zu vorzeitiger Beendigung des Vertrags geführt haben (fakultativ).

Diese schriftlichen Nachweise alleine gelten den Fachämtern aber zumeist nicht als ausreichende Grundlage, um unseriöse Anbieter auszuschließen. Ein

[19] Diese reichen u. a. von der Gewerbegenehmigung nach § 34a GewO über eine betriebliche Mindesterfahrung von drei Jahren in der Branche, die Umsatzzahlen der letzten drei Geschäftsjahre und eine abgeschlossene Berufs- und Haftpflichtversicherung hin zu Erklärungen zu etwaigen Insolvenzverfahren und Liquidität des Unternehmens.

weiteres Mittel, um die Leistungsfähigkeit und Qualität von Bietern ex ante beurteilen zu können, ist daher die Prüfung der nachzuweisenden Referenzen. In drei Kommunen wurde nicht nur eine Liste vorheriger, ähnlicher Aufträge von den Bietern abgefragt, sondern zusätzlich mithilfe eines Fragebogens bei den jeweiligen Auftraggebern recherchiert, „ob der Dienstleister überhaupt im Stande ist, nach Treu und Glauben sozusagen, die Dienstleistung zu erfüllen" (Fachamt, E-HAUSEN). Die Fragen zielen mit unterschiedlichem Detailierungsgrad etwa darauf ab, ob sich der Auftragnehmer an Absprachen hielt, wie er auf Anregungen oder Beschwerden des Auftraggebers reagierte, oder ob das eingesetzte Personal unzuverlässig arbeitete. Diese Form der Qualitätskontrolle wirkt den Vergabeverantwortlichen zufolge im doppelten Sinne: Die Auftraggeber gewinnen durch das Teilen von Erfahrungen mit Peers gesichertes Wissen zur Qualität einzelner Dienstleister. Ebenso sind die Unternehmen auf gute Referenzen angewiesen, sodass sie selbst ein Interesse daran haben, eine qualitativ hochwertige Leistung zu erbringen.

Allerdings setzt das modernisierte Vergaberecht wiederum Grenzen bei der Verwertung dieser Informationen, die bei der Prüfung der Referenzen eingeholt werden; die Hürden für einen Ausschluss vom Verfahren sind relativ hoch gesetzt (Geitel 2018; Soudry 2019).[20] Auch damit müssen die Kommunen also einen Umgang finden. Zum Teil legen die Strategien zur Prüfung der Zuverlässigkeit und Seriosität der Unternehmen dabei einen risiko-bewussten Umgang mit der Vergaberechtskonformität offen. So hatte der Vergabeverantwortliche in E-HAUSEN in der Vergangenheit mit einem Bieter aufgrund seines sehr verzweigten und schlecht nachvollziehbaren Firmengeflechts „kein gutes Gefühl" und schloss das Angebot vom weiteren Verfahren aus:

> „Und da weiß man im Vornherein: Das kann nichts werden. Deswegen haben wir die dann auch ausgeschlossen, einfach aufgrund fehlender Eignung. (…) Also ich bin jetzt so ehrlich, (…) wir haben dann einfach in unserem Vergabevorschlag die Begründung reingeschrieben, dass der Bieter nicht vollumfänglich seine Leistungsfähigkeit nachweisen konnte uns gegenüber, und der deswegen ausgeschlossen wurde. Hätte der Bieter geklagt, wären wir wahrscheinlich bei der Vergabekammer hinten runtergefallen. Also er hat wirklich alle Unterlagen, die wir gefordert haben, konnte er nachweisen. Aber wir hatten am Ende halt wirklich kein gutes Gefühl bei dem Bieter. Und wir sind an der Stelle hier einfach auf Risiko gegangen." (Fachamt, E-HAUSEN)

[20] Erforderlich ist insbesondere, dass die Schlechtleistung auch durch Vertragskündigung oder eine andere Rechtsfolge sanktioniert wurde; und auch dann haben Bieter noch ein Recht auf Anhörung zu ihren möglichen ‚Selbstreinigungs'-Maßnahmen (u. a. OLG Düsseldorf, Beschl. V. 28.3.2018 – VII-Verg 49/17; VK Niedersachsen im Beschluss vom 5.2.2021 (VgK-50/2020)).

Eine andere Variante stellt die progressiv-pragmatische Herangehensweise von C-FURT im folgenden Beispiel dar, bei der rechtliche Spielräume bei der Verfolgung von Qualitätszielen allenfalls retrospektiv hinterfragt werden. Das zuständige Fachamt beschreibt hier, wie es im Rahmen der Referenzprüfung Bieter ausschließt, die entweder in früheren Aufträgen nur kurzzeitig tätig waren oder Kündigungen erfahren haben:

> „Und wenn nur eine dieser (…) Fragen mit ‚Ja' beantwortet wird, ist der Anbieter sofort raus, das habe ich so reingeschrieben. (…). ‚Wurde der Auftrag vorzeitig vom Referenzgeber gekündigt?'. Also, wenn dem schon mal gekündigt wurde, will ich den auch nicht bei uns haben, ne. Kündigungsgrund ist mir dann sogar egal im Grunde gewesen. Wobei da sogar die Frage wäre im Nachhinein, wenn ich jetzt darüber nachdenke, ob das rechtens überhaupt haltbar ist, weil theoretisch müsste man ja sagen, wenn jetzt aus betrieblichen Gründen gekündigt wurde, dann wäre das ja kein Grund den Bewerber abzulehnen. Also das ist vielleicht/Beim nächsten Mal Überarbeiten fällt mir das auf (lacht)." (Fachamt, C-FURT)

Um auch im Hinblick auf das einzusetzende *Personal* möglichst Seriosität und Zuverlässigkeit zu sichern, werden von den Unternehmen ebenfalls bestimmte Nachweise verlangt und formale Anforderungen gestellt (u. a. eintragungsfreie, erweiterte Führungszeugnisse nach § 30a Bundeszentralregister). Auch hier stehen die Kommunen jedoch vor der Schwierigkeit, dass die entsprechenden Angaben und Nachweise der Unternehmen nur bedingt verlässlich und ex ante überprüfbar sind; und zu hohe Anforderungen zudem das Risiko bergen, dass sie die Firmen überfordern.

- In Bezug auf die formale Qualifikation entwickeln die Auftraggeber der untersuchten Kommunen unterschiedliche Lösungsansätze im Umgang mit dem Problem des Fachkräftemangels, der sich schon darin äußert, dass nur wenige über die niedrigschwellige Sachkunde gemäß § 34a GewO verfügen. Ungeachtet dessen fordern die Kommunen C-FURT und E-HAUSEN für alle zum Einsatz kommenden Sicherheitskräfte einen Nachweis zum erfolgreichen Abschluss der Sachkundeprüfung und üben damit, wenn auch unintendiert, einen gewissen Druck auf die Branche aus. Die Kommunen A-BURG und D-BRÜCK legen hingegen im Wissen um die Marktschwierigkeiten lediglich für eine Kraft je Schicht (mit Koordinationsaufgaben vor Ort) eine höhere Qualifikation als die Unterrichtung fest[21] – wobei D-BRÜCK einen Anreiz für zusätzliche qualifizierte Kräfte setzt, indem deren Anteil in

[21] A-BURG: Sachkunde, D-BRÜCK: Ausbildung zur Service- bzw. Fachkraft für Schutz und Sicherheit oder IHK-geprüfte Schutz- und Sicherheitsfachkraft

die Qualitätsbewertung einfließt. Alle Kommunen teilen aber die Erfahrung, dass die Auftragnehmer Schwierigkeiten damit haben, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen; entsprechend wird oftmals eine Übergangszeit von 3–6 Monaten gewährt, in der Mitarbeiter*innen mit einfacher Unterrichtung („Sitzschein“, s. Abschn. 6.3.1) für den Auftrag eingestellt werden können.

- Neben den formalen Qualifikationsanforderungen betreffen die Anforderungen an das Personal Fragen der Berufserfahrung – mindestens ein Jahr in einem einschlägigen, publikumsbezogenen Objektbereich – sowie spezifische Kompetenzen bezogen auf den Einsatz in Flüchtlingsunterkünften – u. a. Wissen um Asylverfahren, Recht und Pflichten von Geflüchteten, Umgang mit traumatisierten Menschen und konfliktarme sowie -mindernde Kommunikation. Zwei Kommunen machen, gemäß den Empfehlungen des BDSW (s. Abschn. 6.3.1), vorab die Teilnahme an einer entsprechenden Schulung zur Auflage, die an einer „unabhängigen“ oder „vom BDSW zertifizierten“ Sicherheitsfachschule durchgeführt wird.

Gerade in Bezug auf die weichen, nicht zertifizierten Kompetenzen ist eine Überprüfung ex ante allerdings so gut wie nicht möglich, und findet auch nicht statt. In Ergänzung zu den verschiedenen Ansätzen, Qualitätsgesichtspunkte bei der Bezuschlagung der Angebote, also ex ante, zu messen und zu berücksichtigen, treten daher in den untersuchten Kommunen verschiedene Strategien der Qualitätssicherung ex post, die also nach dem Zuschlag die Unternehmen dazu anhalten sollen, das Qualitätsversprechen einzuhalten.

8.2.2.3 Nach dem Zuschlag: Kontrollen, Anreize und indirektes Personalmanagement als Instrumente der Qualitätssicherung

Im Gegensatz zum Aufwand bezüglich der Messbarkeit und Bewertung von Qualität im Vorfeld der Zuschlagserteilung fallen die Bemühungen um eine Qualitätskontrolle *ex post* fast durchweg geringer aus (s. Tab. 8.4), zumindest auf den ersten Blick. Die Gesprächspartner*innen verweisen im Wesentlichen auf anlassbezogene Überprüfungen nach Meldungen der Sozialarbeiter*innen in den Flüchtlingsunterkünften, wenn es etwa zu Abweichungen im vertraglich vereinbarten Personaleinsatz kommt oder Sicherheitsmitarbeiter*innen sich nicht angemessen verhalten. Da die Qualität der Dienstleistung sehr eng mit der Arbeitskraft von Sicherheitsbeschäftigten verknüpft ist, führt Schlechtleistung häufig zunächst zum Austausch einzelner Mitarbeiter*innen. Die Fachämter und Vergabestellen haben insgesamt eher wenig Berührungspunkte mit der Dienstleistung vor Ort. Bis auf klärende Gespräche mit den Unternehmensleitungen

einzelner Auftragnehmer und sehr vereinzelte vorzeitige Vertragskündigungen scheint es hier keine größeren Erfahrungen oder gar systematisches Vorgehen in Bezug auf Ausführung der Leistung vor Ort zu geben.

Gegenstand von Kontrollen ist dagegen eher das Vorhandensein von Qualifikationsnachweisen, wie es einzig in A-BURG regelmäßig vom Sozialamt geprüft wird. Die Nichtvorlage trotz Aufforderung wird mit Bußgeldern und ggf. weiteren Sanktionen geahndet. In D-BRÜCK ist dagegen zu Beginn versäumt worden, die vergleichsweise hohen Qualifikationsanforderungen in der Praxis zu überprüfen. Eher zufällig war im laufenden Vertrag aufgefallen, dass der Anbieter in diesem Punkt nicht die geforderte Leistung erbrachte. Auf Nachfrage habe das Unternehmen zwar zugesichert, den entsprechenden Lehrgang für das Sicherheitspersonal nachzuholen. Da dieser jedoch zeitintensiv ist, reagierte die Kommune mit Kündigung und Neuausschreibung des Vertrages.

Auch an diesem Punkt wird deutlich, dass die Gewichtung des Preises allein kein hinreichendes Indiz für die Qualitätsorientierung öffentlicher Vergabepraktiken darstellt, sondern auch der Umgang mit Kontrollen entscheidend ist. Auch wenn sich der Zuschlag auf das Angebot in A-BURG zu 100 % am Preis orientiert, investiert die Kommune in eine systematische Kontrolle der eingeforderten Qualität unter Einbezug der Bedarfsstellen – diese sind dazu angehalten, Abweichungen und Auffälligkeiten an das Fachamt zu melden. Unterstützend haben Vergabestelle und Fachamt gemeinsam eine Checkliste entwickelt, die den Bedarfsstellen Anhaltspunkte für gezielte Qualitätsüberprüfungen bietet.[22]

Neben der *Kontrolle* von vertraglich zugesicherten Qualitätsvorgaben ist eine weitere Maßnahme, Qualität im laufenden Vertrag zu sichern, beim Auftragnehmer diesbezüglich *Anreize* zu schaffen, und zwar durch den Gebrauch von Vertragsverlängerungsoptionen. In A-BURG ist dies in manchen Bereichen von Sicherheits- und Reinigungsdienstleistungen Bestandteil, um nach zufriedenstellender Auftragserfüllung nicht gleich neu ausschreiben zu müssen und ähnlich flexibel wie private Kunden zu sein:

> „Und haben da ganz positive Erfahrungen gemacht. Wenn wir mit der Firma frei verhandeln, also eine Option, einfach sagen können: ‚Wenn du das gut machst, dann kriegst du noch mal ein Jahr dazu', das ist ja im privaten Bereich gang und gäbe. Wenn ein privater Auftrag existiert und der läuft gut, dann ist die Chance sehr gut, dass der

[22] Im Zuge der neuen Vergabestrategie, die zumindest in einem anderen Bereich von Sicherheitsdienstleistungen auch „Qualitätsversprechen" der Bieter zu einem größeren Teil in die Wertung einfließen lässt, hatte der Stadtrat von A-BURG sogar die Einrichtung einer eigenen Kontrollgruppe beschlossen, die jedoch mit dem letzten Haushaltsbeschluss vor Beginn des Untersuchungszeitraums wieder gestrichen wurde.

> nicht neu ausschreibt, sondern dass er einfach sagt ‚Mach noch mal ein Jahr'. Das kann ich aber als öffentlicher Auftraggeber, wenn ich keine Option vereinbart habe, nicht machen." (Vergabestelle, A-BURG)

Schließlich nutzen die Kommunen ihr Leistungsbestimmungsrecht – also ihr Recht, die ausgeschriebene Leistung minutiös zu beschreiben – auch für eine Art *indirektes Personalmanagement,* mit dem sie sich während der Vertragslaufzeit Interventionsmöglichkeiten schaffen. Ob sie diese auch nutzen, steht auf einem anderen Blatt; zumindest erfüllen diese Rechte aber den Zweck einer Drohkulisse, die die Unternehmen zum vertragskonformen Handeln anhalten soll. So versuchen die Kommunen, Transparenz durch umfangreiche Leistungskataloge herzustellen. Diese reichen von der monatlichen Vorlage der voraussichtlichen Personaleinsatzplanung (mit Namen und geplanten Dienstzeiten) bis hin zum Muster des zu führenden Wachbuchs, welches der Dokumentation sämtlicher Vorgänge in den Flüchtlingsunterkünften dienen, aber auch die Dienst- und Pausenzeiten des eingesetzten Personals offenlegen soll.

- A-BURG fällt hier durch ihren auf Transparenz bedachten, informativen Stil auf, der einzelne Forderungen z. T. mit Hinweisen auf Paragraphen und Absätze der jeweiligen Rechtsordnung untermauert.
- Dem steht ein überwiegend rigide-fordernder Stil der anderen Kommunen gegenüber. Letzterer wird besonders deutlich im Rahmen der „Dienstanweisungen", die in den Unterlagen von C-FURT und D-BRÜCK enthalten sind und dazu dienen, die Aufgabenwahrnehmung der Sicherheitsdienstleister vorzudefinieren (u. a. Dienstorganisation, Aufgabendefinition) und damit auch potenziellen Problemen vorzugreifen. Während solche Anweisungen in A-BURG nach Zuschlagserteilung gemeinsam erarbeitet und in die Dienstanweisung der Unternehmen gegenüber ihren Beschäftigten integriert werden, wird in den Kommunen C-FURT und D-BRÜCK auf die „Weisungsbefugnis" des Auftraggebers hingewiesen und Personen im Falle „besonderer Vorkommnisse" als weisungsberechtigt gegenüber den Sicherheitskräften bevollmächtigt. In C-FURT willigt der interessierte Bieter laut Vergabeunterlagen sogar ein, „mit der Überprüfung und Überwachung seines Personals (…) einverstanden" zu sein. Der kommunale Auftraggeber behält sich vor, Personal im Vorfeld abzulehnen bzw. austauschen zu lassen sowie bei Verfehlungen im laufenden Vertrag „vom Arbeitsplatz zu verweisen". In D-BRÜCK wird den Sicherheitsbeschäftigten, ausgehend von einem offenbar negativ geprägten Bild ihrer Arbeit, etwa untersagt, „Alkohol oder andere berauschende Mittel zu sich zu nehmen" oder während der Schicht „zu schlafen oder zu ruhen".

Auch im Hinblick auf die oben genannten ‚weichen' und vorab schwer überprüfbare Kompetenzanforderungen an die Sicherheitskräfte sichern sich die Kommunen Mitsprache bei personalpolitischen Entscheidungen:

> „Das sind natürlich Dinge, die man vorher nicht unbedingt nachweisen kann. (…) Und deswegen habe ich dies in das Leistungsverzeichnis mit eingebaut: ‚Die Auftraggeberin kann Personal ablehnen beziehungsweise austauschen lassen, welches die (…) genannten Anforderungen nicht oder nicht hinreichend erfüllt'. Also, wenn ich der Ansicht bin, der ist psychisch nicht ausreichend belastbar, oder der hat nicht das angemessene Erscheinungsbild, die gepflegten Umgangsformen oder beherrscht die deutsche Sprache eben nicht in Wort und Schrift, dann könnte ich den Austausch machen. (…) Also, da ist das so, dass ich da ein bisschen flexibel damit umgehe, das lässt mir im Grunde auch relativ Freiheiten, dass ich da selbst entscheiden kann und sagen kann: ‚So, den tauschen wir aus' oder ‚Den tauschen wir nicht aus'." (Fachamt, C-FURT)

Zum Teil werden diese detaillierten Mitspracherechte auch als Verfügungsmasse genutzt, um die Kooperationsbereitschaft des beauftragten Unternehmens zu sichern und im Falle einer schlechten Gesamtleistung genügend Ansatzpunkte für eine Vertragsbeendigung zu haben. So drückte der Vergabeverantwortliche in C-FURT in einem Fall in Bezug auf die Vorgaben einer Geschlechterquotierung ein Auge zu, um sich die Möglichkeit einer einfacheren Vertragsauflösung offenzuhalten, gerade im Falle weiterer Mängel, die als Kündigungsgrund nicht ausreichen würden:

> „Das ist etwas, wo ich dem Auftragnehmer entgegenkomme und sage: ‚Okay, ich drücke da momentan die Augen zu, wohlwissend, dass Du diese Anforderung nicht einhältst'. Weil er sagt: ‚Ich kann es nicht einhalten, ich habe nicht genug weibliches Personal, um das sicher zu stellen'. Theoretisch könnte ich ja aber sagen: ‚Naja, Du wusstest es ja vorher'. Und dann hätten sie sich gar nicht bewerben dürfen. Insofern ist das für mich (…) das Ass, was ich noch im Ärmel habe. (…) Also momentan muss ich sagen, läuft es mit dem Sicherheitsdienst dort operativ recht gut. Sollte es aber irgendwo Probleme geben (…), der Sicherheitsdienst nicht kooperieren wollen, dann (…) könnte ich immer sagen: ‚Bitte sofort diese Forderung umsetzen! Wenn Ihr es nicht macht, kündige ich den Vertrag'. Weil ich genau weiß, das können sie gar nicht erfüllen." (Fachamt, C-FURT)

Das Einlenken vor unzureichender Vertragserfüllung illustriert in diesem Fall also nicht nur eine gewisse Abhängigkeit von den Produzenten bzw. dem Markt, der bestimmte Qualitätsanforderungen (noch) nicht hergibt. Es ist auch strategisch motiviert, um bei schwerwiegenden Zweifeln bezüglich der Qualität der Leistung

dann doch die „harte Linie“ zu fahren und den Vertrag zu kündigen, wie es das Fachamt in einem anderen Fall auch praktiziert hat.

Aus der Sicht eines interviewten Branchenexperten, der öffentliche Auftraggeber im Zuge ihrer Vergabetätigkeit berät, ist die hier beschriebene, minutiöse Vorgabe von Leistungsaspekten kritisch zu bewerten, insbesondere bei reinen Preisausschreibungen mit unzureichenden Qualitätskontrollen. Die Bieter animiere es dazu, lediglich die geforderten Punkte abzunicken, und seien sie noch so praxisfern[23], ohne selbst „Gehirnschmalz“ für die Lösung des dargestellten Sicherheitsproblems arbeiten zu lassen. Letztlich verspiele man sich qualitative Impulse von den eigentlichen Experten des Marktes, die dann nur noch als „Personaldienstleister“ agieren:

> „Eines der vielen Probleme ist, dass das Gewerbe und die Auftraggeber sich wechselseitig an diesen Punkt getrieben haben, an dem sie heute stehen. Die Auftraggeber machen in ihrer Ausschreibung ganz, ganz dedizierte Vorgaben, wie die Dienstleistung zu erbringen ist. Und alles, was der Dienstleister am Ende des Tages machen muss in der Regel, ist, einen Preis zu kalkulieren und später dafür zu sorgen, dass ein Mitarbeiter zur richtigen Zeit an der Position steht. Das heißt, aufgrund unserer Ausschreibungsmethodik degradieren wir in der Regel den Sicherheitsdienstleister zum Personaldienstleister, Fachrichtung Sicherheit“ (Interview private Beratungsfirma 1)

Aus Sicht des hier zitierten Beraters sind dagegen Umsetzungskonzepte durch die Bieter zu befürworten, mit denen individuelle Lösungen auf Fragen zu Personaleinsatz, Schulungskonzept, Dienstorganisation und Servicequalität erarbeitet werden müssen. Dies sei zwar mit großem Aufwand verbunden und beschränke den Kreis der Bieter vorab – „aber ich will ja eben genau denjenigen, der leistungswillig und leistungsbereit ist“ (ebda.).

8.3 Fazit: Politisierung der Vergabepraxis und Lernprozesse unter dem Primat der Qualität

Reorganisation und Politisierung

Mit der Reorganisation ihrer verwaltungsinternen Strukturen haben die Kommunen aktiv den internen Aufbau der benötigten Expertise betrieben, die ihnen durch

[23] Er beschrieb v. a. aus Kostengründen häufig geforderte, wenig sinnvolle Bewachungszeiten mit häufig unzureichendem Personalschlüssel sowie Widersprüche zwischen hohen Leistungsanforderungen und (gefordertem) niedrigen Qualifikationsniveau des einzusetzenden Sicherheitspersonals.

die dreifache Professionalisierung (von Vergaberecht, Dienstleistungen und öffentlicher Beschaffung) zunehmend abverlangt wird. Neben der Zentralisierung von Kompetenzen in Vergabestellen und Fachämtern umfasst die Reorganisation eine Öffnung für die Mitwirkung verwaltungsexterner Akteure, die bislang typischerweise nicht in die Detailsteuerung der Auftragsvergabe involviert waren. Zum Teil sind dies weitere vergaberechtliche und fachliche Expert*innen, zum Teil, wie im Falle der Schulverpflegung, die Adressat*innen oder ‚Kund*innen' der Dienstleistung selbst; zum Teil auch politische Akteure (Parteien im Stadtrat, Behördenspitzen, Landesbehörden), die das Interesse an qualitativ besseren Dienstleistungen an die Vergabe-Akteure herantragen. Erleichtert wird diese Öffnung durch die Standardisierung, also eine Verlagerung der Detailsteuerung vom einzelnen Ausschreibungsprozess auf die Erarbeitung standardisierter Unterlagen, die die Vergabepraxis insgesamt steuern. **Hier bilden sich also neue, teilöffentliche Entscheidungs-Arenen heraus. Im Unterschied zu den in Deutschland traditionell viel genutzten korporatistischen Formen spielen die Sozialpartner in diesen Entscheidungsarenen aber eine untergeordnete Rolle; in erster Linie erhält hier die Stimme der *‚Kund*innen'* öffentlicher Dienstleistungen stärkeres Gewicht, weniger die der *Produzenten* (Unternehmen, Sozialpartner)**.

Experimente und Lernprozesse unter dem Primat von Qualität

Die Öffnung für Expertise und Beteiligung verwaltungsexterner Akteure wird auch dadurch begünstigt, dass die zuständigen Verwaltungsakteure in geringerem Maße als die klassischen ‚street-level bureaucrats' auf einen etablierten und kohärenten Kanon von professionellen Standards als Leitplanken ihres Handelns zurückgreifen können. Denn die fachlichen Standards sind in den beiden untersuchten Branchen erst Produkt jüngerer Professionalisierungs-Bestrebungen; zudem war die vergaberechtliche Expertise in den vergangenen Jahren durch zahlreiche Reformen geprägt und wird durch die Rechtsprechung beständig fortentwickelt. **Je mehr das Ziel in den Vordergrund tritt, sich von dem vergaberechtlich und verwaltungspraktisch relativ einfachen Verfahren der Auswahl nach dem ‚billigstem Preis' wegzubewegen, desto stärker stehen die Verwaltungsakteure daher vor der Aufgabe, sich neues Terrain zu erschließen, und dabei zugleich dem institutionell besonders stark verankerten Prinzip der Rechtskonformität Genüge zu tun.**

In diesem Spannungsfeld aus Rechtskonformität und Rechtsunsicherheit entwickeln die Akteure unterschiedliche grundsätzliche Herangehensweisen, wie sie sich neue Entscheidungsspielräume zugunsten einer Vergabe nach Qualitätsgesichtspunkten erschließen. Unsere Fallstudien bestätigen dabei die Vermutung, dass eine Strategie der Maximierung vergaberechtlicher Expertise

und der möglichst weitgehenden rechtlichen Absicherung von Verfahrensweisen (,*Perfektionismus*') die Akteure nicht nur für Grenzen des vergaberechtlich Möglichen sensibilisiert, sondern sie auch in die Lage versetzt, die Spielräume innerhalb dieser Grenzen so weit es geht auszuschöpfen oder sogar vergaberechtliche Risiken einzugehen, die diese Grenzen ausdehnen. Daneben dokumentieren die Fallstudien jedoch auch verschiedene Varianten eines *pragmatischen* Umgangs mit Rechtsunsicherheit und Rechtskonformität, bei dem in weniger zentralisierten und professionalisierten Entscheidungsstrukturen Handlungsblockaden durch fehlertolerantes Experimentieren auch an der Grenze des vergaberechtlich Zulässigen überwunden werden. Schließlich kann selbst dort, wo personelle Ressourcen und Risikobereitschaft auf kommunaler Ebene vergleichsweise gering ausgeprägt sind, ein klares politisches Mandat pro Qualität in Form von Leitlinien übergeordneter Behörden den Weg in Richtung qualitätsorientierte Vergabe ebnen (,*progressiver Vollzug*').

Diese unterschiedlichen grundsätzlichen Herangehensweisen prägen ihrerseits auch die detaillierten Praktiken der Auftragsvergabe. **Hier dokumentieren die Fallstudien eine relativ große Bandbreite an Verfahrensinnovationen, mit denen der Preiswettbewerb eingeschränkt wird.** Sie reichen von einer anteiligen Gewichtung von Qualität bis hin zu einer völligen Ausschaltung des Preises als Auswahlkriterium. Selbst dort, wo, wie bei den Sicherheitsdienstleistungen, der Preis weiterhin zu 100 % gewichtet wird, muss dies nicht einem Festhalten am Status quo ante der Billigpreis-Vergabe gleichkommen: Hier können über die Eignungskriterien mehr oder weniger engmaschige Qualitäts-Filter eingezogen und durch detaillierte Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung Qualitätsstandards zum verpflichtenden Vertragsbestandteil erhoben werden.

Die größten Herausforderungen stellen dabei über die verschiedenen Verfahren hinweg die vergaberechtlich korrekte Definition und Bewertung der Qualität im Auswahlverfahren, sowie die Kontrolle der vertraglichen Qualitätsversprechen während der Vertragslaufzeit dar. **Zur Lösung dieser Herausforderungen nehmen die Kommunen nicht selten vergaberechtliche Risiken in Kauf und wenden erhebliche Ressourcen und Kreativität auf. Dies beschränkt sich nicht auf den Zeitpunkt der Bezuschlagung. Auch für den Zeitraum der Vertragsdurchführung entwickeln die Kommune in mehr oder weniger großem Umfang durch Kontrollen, Anreize, Qualitätszirkel oder direktive Weisungen Ansätze eines kommunalen ,Ko-Managements' der Qualitätsproduktion.**

Begleiterscheinungen und Implikationen für die sozialverantwortliche Auftragsvergabe
All dies ist insofern bemerkenswert, als es eine recht starke Kontrastfolie bildet zu den Bemühungen in punkto sozialer Kriterien, wie noch zu sehen sein wird. Zugleich sind diese Befunde als Teil der Erklärung zu sehen, warum das gleiche Maß an Kreativität, Risikobereitschaft und Ressourceneinsatz bislang nicht in Bezug auf soziale Kriterien zu sehen ist: Die Umsetzung des primären Leitbildes ‚Guter Dienstleister' bindet in hohem Maße die Ressourcen der Verwaltungsakteure. Dass der Aufwand so hoch ist, hat sowohl mit dem wettbewerbsrechtlichen Kontext als auch mit den Marktstrukturen zu tun, in denen sich der Qualitätswandel vollzieht. Denn das wettbewerbsrechtlich geprägte Vergaberecht erhöht den Aufwand für die Kommunen, wenn sie den Preismechanismus einschränken wollen – nicht nur, weil es dazu mehr Expertise bedarf, sondern auch, weil die Verfahren insgesamt zeitaufwändiger werden, und sowohl auf Seiten der Verwaltung als auch auf Seiten der Bieter höhere Transaktionskosten verursachen. Das gilt insbesondere dort, wo die Kommunen sich in perfektionistischer Weise um Vergaberechtskonformität bemühen – man denke beispielsweise an die Organisation des Probe-Essens in der Berliner Schulverpflegung. Durch ‚pragmatische' Herangehensweisen kann man diesen Aufwand zwar reduzieren**. So oder so bleibt festzuhalten, dass es paradoxerweise die Vermarktlichung der Vergabe – im Sinne ihrer stärker wettbewerbsrechtlichen Durchdringung – ist, die zu erhöhten Transaktionskosten und damit zu einer Bürokratisierung der Auftragsvergabe beiträgt; jedenfalls dann, wenn man *mit* diesem Wettbewerbsrecht den Markt neuerdings zugunsten von mehr Qualität *bändigen* möchte.**

Diese vergabespezifische Spielart der ‚neoliberalen Bürokratisierung' (Hibou 2015) **ist zugleich nur ein Faktor in einem ‚Teufelskreis'** (Doellgast et al. 2018) **aus mehreren, sich wechselseitig negativ verstärkenden Elementen:** Denn die hohen Transaktionskosten sind zugleich auch eine Folge der Marktstrukturen, genauer der unzureichenden Selbstregulierung des Marktes, die keine effektiven Schranken gegen Billigpreise und billige Qualität hervorgebracht haben. Um in diesem Kontext ein Mehr an Qualität zu bekommen, greifen die Verwaltungen zu einer möglichst präzisen Definition von Leistungen und Qualität, umfassenden Nachweispflichten und Kontrollinstrumenten, anstatt all dies dem freien Qualitätswettbewerb zu überlassen. Dies erschwert es wiederum Unternehmen, mit eigenen Qualitätskonzepten in Konkurrenz zu treten; und es erleichtert im Gegenzug Strategien von Unternehmen, die die ‚per Katalog' geforderten Qualitätsstandards pro Forma zusichern, dies aber in ihrer Kalkulation nicht wahrheitsgemäß einpreisen, sodass sich am Ende unter Umständen trotz detaillierter qualitätsbezogener Vorgaben wieder ein

Niedrigpreisangebot durchsetzen kann – mit absehbaren Einbußen für die Qualität der Dienstleistung, aber auch für die Qualität der Arbeit.

Aus diesem Teufelskreis einen Ausweg zu finden, ist alles andere als trivial. Vorliegende Vorschläge zielen allgemein auf „weniger Formalismus“ (Porz 2021), auch unter Ausnutzung der größeren Spielräume, die beispielsweise beschränkte Verfahren mit Teilnehmerwettbewerb oder Verhandlungsverfahren bieten. Diese eröffneten mehr Gestaltungsspielräume, um auch unter Einbeziehung der Ideen seitens der Produzenten gemeinsam Lösungen zu erarbeiten. Anstelle der Vorgabe detaillierter Leistungskataloge wird auch die Einforderung von individuellen Umsetzungskonzepten auf Seiten der bietenden Unternehmen als Möglichkeit gesehen, deren Branchenexpertise einzubeziehen und zugleich gewissermaßen die Spreu vom Weizen zu trennen.

All diese Bemühungen zur Überwindung vergaberechtlicher Hürden auf dem Weg zu mehr *Dienstleistungs*qualität binden zwar die Ressourcen der Verwaltung; dies muss aber nicht unbedingt in ein Nullsummenspiel münden, das entsprechende Bemühungen um die *Arbeits*qualität untergräbt. Inwieweit im Kontext dieser qualitative Wende in der Auftragsvergabe auch die Arbeitsqualität profitieren kann, erörtert nun das folgende Kapitel.

Literatur

Arens-Azevêdo, U. & Tecklenburg, M. E. (2012). *Beurteilung der Kosten- und Preisstrukturn für das Bundesland Berlin unter Berücksichtigung des Qualitätsstandards in der Schulverpflegung. Teil 1: Preis- und Kostenbeurteilung. Studie im Auftrag der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft Berlin* (HAW, Hrsg.). Hamburg.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2016). *Positions-Papier des BDSW zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften.* Bad Homburg.

Doellgast, V., Lillie, N. & Pulignano, V. (Hrsg.). (2018), First edition. *Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe.* Oxford: Oxford University Press.

Fiebig, H. & Zeis, A. (2018). *Kommunale Rechnungsprüfung* (5. Aufl.). Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Geitel, O.-M. (2018, 20. September). *Ausschluss eines Bieters aufgrund schlechter Erfahrungen in der Vergangenheit: OLG Düsseldorf positioniert sich zu den Anforderungen* (Vergabeblog.de Nr. 38470, 20.9.2018). https://www.vergabeblog.de/2018-09-20/ausschluss-eines-bieters-aufgrund-schlechter-erfahrungen-in-der-vergangenheit-olg-duesseldorf-positioniert-sich-zu-den-anforderungen-olg-duesseldorf-beschl-v-28-03-2018-vii-verg-49-17/

Hibou, B. (2015). *The Bureaucratization of the World in the Neoliberal Era.* New York: Palgrave Macmillan.
Hill, H. (2018). Empfehlungen für die Verwaltungspraxis in Zeiten von Unsicherheit und Nichtwissen. *Verwaltung & Management, 24*(4), 161–166.
Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]. (2019). *Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum.* Paris: OECD Publishing.
Porz, N. (2021). Mehr Gestaltung, weniger Formalismus. Zehn Vorschläge für Erleichterungen im Vergaberecht. *VergabeNavi – Der Vergabe Navigator*, 1/2021, 5–10.
Sack, D., Schulten, T., Sarter, K. & Böhlke, N. (2016). *Öffentliche Auftragsvergabe in Deutschland. Sozial und nachhaltig?* Baden-Baden: Nomos.
Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie Berlin [SenBJF]. (2017). *Handreichung: Mitwirkungsmöglichkeiten der Schule beim Vergabeverfahren für das schulische Mittagessen.* (2.Aufl.) Berlin.
Soudry, D. (2019). Der Ausschluss wegen Schlechtleistung nach neuem Vergaberecht (Vergabeblog.de Nr. 40143, 18.3.2019). https://www.vergabeblog.de/2019-03-18/der-ausschluss-wegen-schlechtleistung-nach-neuem-vergaberecht/
Staatsanzeiger (2020). FAQ Dringlichkeitsvergabe. Wir geben Antworten auf die wichtigsten Fragen! Blog-Beitrag, Stand 6/2020. https://blog.staatsanzeiger.de/wp-content/uploads/2020/06/FAQ_Dringlichkeitsvergabe_Staatsanzeiger.pdf
Verbraucherzentrale Thüringen/Vernetzungsstelle Schulverpflegung Thüringen. (2017). *Erhebung und Beurteilung der Verpflegungssituation in Thüringer Schulen vor dem Hintergrund des Qualitätsstandards für die Schulverpflegung der DGE*. Erfurt.
Willweber, R. P. (2016). *Vergaberechtliche Zulässigkeit unbefrister öffentlicher Aufträge.* Vergabeblog.de vom 17/04/2016: Nr. 25511. Verfügbar unter: https://www.vergabeblog.de/2016-04-17/unbefristete-oeffentliche-auftraege-sind-zulaessig-oder-doch-nicht-teil-1/
Winkler, D. (2014). Handlungsstrategien der legalistischen Verwaltung in Ungewissheitssituationen. In K. König, S. Kropp, S. Kuhlmann, C. Reichard, K.-P. Sommermann & J. Ziekow (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung (S. 81–103). Baden-Baden: Nomos.

Check for updates

9 Industrielle Beziehungen und Arbeitsregulierung im neuen ‚Experimentierraum'

Deutlich wurde bereits, dass soziale Ziele bei der bislang beschriebenen Neuausrichtung der Auftragsvergabe am Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' in den beiden untersuchten Branchen von nachgeordneter Bedeutung sind. Das heißt aber nicht, dass hier keinerlei Bewegung zu verzeichnen ist. Im Folgenden wollen wir diese Bewegungen nun näher in den Blick nehmen. Dazu erweitern wir auch unseren Blickwinkel: Während bislang vor allem die kommunale Politik und Verwaltung im Fokus standen, sollen nun auch die nichtstaatlichen Akteure einbezogen werden, die in Deutschland traditionell eine wichtige Rolle bei der Aushandlung und Durchsetzung von Löhnen und weiteren Arbeitsstandards spielen, nämlich Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie Einzelunternehmen. Auch sie mischen sich, wenngleich mit unterschiedlicher Intensität, in die Praxis der Auftragsvergabe in den beiden Branchen ein.

Hier sind also neue Aushandlungsprozesse zu beobachten, und zwar jenseits der traditionellen Arenen der industriellen Beziehungen (v. a. Tarifverhandlungen und betriebliche Mitbestimmung). Das bedeutet auch, dass die Akteure nicht auf angestammte Beteiligungsrechte und eingespielte Strategien zur Durchsetzung ihrer Interessen zurückgreifen können, sondern sich neue Wege erschließen müssen. Nicht nur die Verwaltungsakteure müssen also experimentieren und lernen, wenn sie Arbeitsstandards bei der Auftragsvergabe berücksichtigen wollen, sondern auch die Akteure der industriellen Beziehungen. Um die Strategien und ‚Experimente' aller beteiligten Parteien und ihr Zusammenspiel geht es in diesem Kapitel.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_9

9.1 Wechselwirkungen zwischen alten Arenen industrieller Beziehungen und neuem ‚Experimentierraum'

Die Aushandlungsprozesse rund um die öffentliche Auftragsvergabe lassen sich gewissermaßen als einer von mehreren ‚Experimentierräumen' verstehen, die in Reaktion auf zahlreiche Leer- und Bruchstellen bisheriger Formen der Arbeitsregulierung entstanden sind. Als solche Bruchstellen („fault lines") führen Murray et al. (2020) etwa die Entstehung zunehmend transnationaler Produktionsnetzwerke an, die vertikale Desintegration von Firmen, die zunehmende Individualisierung, neue disruptive Technologien oder schließlich globale Pandemien wie Covid 19. Diese Bruchstellen „disrupt traditional modes of work regulation, compelling actors in the world of work to come up with strategies as best they can, but also opening up spaces for experimentation in the major arenas for the regulation of work and employment." (Murray et al. 2020, S. 4). Die Autoren unterscheiden dabei zwischen organisatorischem und institutionellem Experimentieren. Ersteres umfasst Bemühungen von Akteuren, ihre eigene Organisation zu erneuern, neue Netzwerke und Allianzen zu knüpfen. Letzteres sind Versuche, diese Experimente und Lern-Prozesse zu institutionalisieren, also auch in dauerhafte und allgemeinere Normen und Regeln zu überführen. In diese Perspektive fügt sich auch die Ausgangsfrage unserer Untersuchung ein, nämlich inwieweit sich der neue ‚Experimentierraum' rund um die Auftragsvergabe zu einer neuen ‚Arena' der industriellen Beziehungen im Sinne des Arenenkonzeptes von Müller-Jentsch (2017) entwickelt, also inwiefern sich hier relativ dauerhafte und formale Verhandlungsstrukturen herausbilden. Es sei an dieser Stelle vorweggenommen, dass die gegenwärtig zu beobachtenden ‚Experimente' in der Vergabepraxis noch weit davon entfernt sind. Dennoch, oder gerade deswegen, lohnt ein näherer Blick auf sie, um ihre Charakteristika und Reichweite zu beleuchten und begünstigende und hemmende Faktoren zu identifizieren.

Dabei liegt auch hier zunächst ein Blick auf die Ressourcen der Akteure nahe: Inwieweit gelingt es den Akteuren der industriellen Beziehungen, ihre Fähigkeiten zur Interessendurchsetzung in die Aushandlung von arbeitsbezogenen Standards in der öffentlichen Auftragsvergabe einzubringen? Inwieweit hängt ihre Durchsetzungsfähigkeit im neuen Experimentierraum überhaupt von ihren Handlungskapazitäten in den traditionellen Arenen des Interessenausgleichs ab? Die umfangreiche Literatur zu gewerkschaftlichen Machtressourcen und Strategien der gewerkschaftlicheren Erneuerung (u. a. Wright 2000; Frege und Kelly 2004; Haipeter und Dörre 2011; Schmalz und Dörre 2013; Doellgast et al. 2018) verdeutlicht, dass beides keineswegs eng miteinander verbunden

sein muss. Vielmehr kann Stärke in etablierten Arenen des Interessenausgleichs sogar in Schwäche im Angesicht neuer Herausforderungen umschlagen – und umgekehrt. So können hohe Tarifbindung, institutionalisierte Beteiligungsrechte und Konsens-Orientierung von etablierten Gewerkschaften ihre Bemühungen und Fähigkeiten minimierten, organisationsübergreifende Netzwerke zu neuen prekären Randbelegschaften zu knüpfen, wie etwa Benvegnú et al. (2018) am Beispiel des österreichischen Transport- und Logistiksektors zeigen. Die Ausstattung mit *institutioneller Macht* bremst in diesem Fall also die Mobilisierung von *Organisationsmacht* und lässt dadurch auch *strukturelle* Marktmacht ungenutzt, über die Erwerbstätige im Transportsektor aufgrund ihrer Möglichkeiten zur Blockade störanfälliger ‚just-in-time'-Lieferketten grundsätzlich verfügen. Und umgekehrt belegen viele Studien, dass innovative Strategien zur Mobilisierung von Organisationsmacht und *diskursiver Macht* auch und gerade dort entstehen und partiell auch erfolgreich sind, wo es den Erwerbstätigen an institutioneller und struktureller Macht mangelt (u. a. Mrozowiecki et al. 2018; Stiehm und Weinkopf 2021).[1] Beides bestätigt, dass die Durchsetzungsfähigkeit von Akteuren in neuen Handlungsfeldern nicht allein von gegebenen Machtressourcen abhängt, sondern auch von ihrem Willen und Geschick, vorhandene und neue Ressourcen zu erschließen und kontextadäquat zu nutzen (Lévesque und Murray 2010).

Dies ist für viele Dienstleistungsbrachen besonders relevant. Denn die industriellen Beziehungen sind dort vergleichsweise weit entfernt von ‚konfliktpartnerschaftlichen' Strukturen, bei denen repräsentative und konfliktfähige Akteure auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite miteinander verhandeln und dabei trotz antagonistischer Interessen auf „Kompromisse zum beiderseitigen Vorteil" (Müller-Jentsch 2016, S. 520) hin orientiert sind. Stattdessen gestaltet

[1] In der Literatur zur gewerkschaftlichen Erneuerung sind aufbauend auf grundlegenden konzeptionellen Arbeiten von Eric Olin Wright (2000) und Beverly Silver (2003), die zwischen struktureller Macht und Organisationsmacht unterschieden, mittlerweile eine Reihe weiterer Formen und Quellen von Macht unterschieden worden (u. a. Lévesque und Murray 2010; Schmalz und Dörre 2013; Doellgast et al. 2018). Diese Weiterentwicklungen weisen inhaltlich hohe Überschneidungen auf, bedienen sich aber zum Teil unterschiedlicher Begriffe. Wir stützten uns für die Zwecke unserer Analyse auf die von Schmalz et al. (2018) vorgeschlagenen Begrifflichkeiten, die ihrerseits stark an Lévesque und Murray (2010) anknüpfen. *Narrative Ressourcen* sind demnach eine Grundlage „diskursiver Macht"; damit ist die Fähigkeit gemeint, die eigenen Interessen mit Rekurs auf gesellschaftlich breit geteilte normative Überzeugungen (Narrative) zu rechtfertigen und durchzusetzen. Daneben unterscheiden die Autoren *‚coalitional power',* also die Fähigkeit, Netzwerke mit anderen gesellschaftlichen Akteuren zu bilden und für die eigenen Zwecke zu nutzen. *Infrastrukturelle Ressourcen* wie Zeit und Personal von Gewerkschaften gelten hier als Element von Organisationsmacht.

sich der Interessenausgleich im Dienstleistungssektor vielfach deutlich asymmetrischer, antagonistischer und fragmentierter (u. a. Artus 2010; Bahl 2014; Rehder 2016). Geringe Marktzugangsbarrieren und ein geringer Organisationsgrad, insbesondere auf Beschäftigtenseite, zum Teil aber auch auf Arbeitgeberseite, stehen der kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes dort entgegen und setzen Preise, Löhne und Arbeitsbedingungen einem starken Unterbietungswettbewerb aus. Das gilt auch für die beiden von uns untersuchten Branchen. Für diejenigen, die diesem Unterbietungswettbewerb entgegenwirken möchten – und dies kann gerade auch tarifgebundene Unternehmen einschließen – kann der Umweg über die öffentliche Auftragsvergabe daher eine lohnende Alternative oder zumindest Ergänzung zu bisherigen Strategien der uni- und bilateralen Arbeitsregulierung sein.

Die Frage ist, ob und wie dies den Interessenvertretungen von Beschäftigten und Unternehmen auch jenseits institutionalisierter Beteiligungsrechte gelingt; also ob und welche Ressourcen beide Seiten hier bei ihren Bemühungen um Einflussnahme mobilisieren können. Inwieweit können Akteure beispielsweise neue Koalitionen und Netzwerke mit gesellschaftlichen Akteuren auch außerhalb ihrer eigenen Klientel bilden und nutzen oder sich auf narrative Ressourcen, wie das Leitbild des ‚Guten Auftraggebers' bzw. ‚Guten Dienstleisters' stützen? Eine bislang in der einschlägigen Literatur bislang kaum thematisierte Ressource ist zudem die in unserem Kontext besonders relevante Ressource ‚Expertise' – rechtliche Expertise wie auch Wissen über Marktstrukturen und technische Standards. Schließlich bedarf es auch ganz basaler infrastruktureller Ressourcen wie Zeit und Personal, um diese verschiedenen potenziellen Strategierepertoires zu entwickeln. Zudem stellt sich die Frage, inwieweit die traditionellen Arenen des Interessenausgleichs auf die Strategien im neuen Experimentierraum abfärben. Inwieweit stützen oder hindern Strukturen und Ergebnisse des Interessenausgleichs in den traditionellen Arenen – etwa (fehlende) Tarifnormen oder verfestigte Kulturen von Konflikt und Kooperation – das Handeln der Akteure im neuen Experimentierraum?

Neben diesen Strategien der Akteure der industriellen Beziehungen interessieren uns zudem die *Wechselwirkungen* mit den Strategien der kommunalen Akteure. Letztere könnten besonders dort einen Unterschied machen, wo kollektive Arbeitsstandards nur rudimentär vorhanden sind, wo öffentliche Auftragsvergabe also eine *kompensatorische* Rolle für die fehlende kollektive Selbstregulierung des Arbeitsmarktes übernehmen würde. Unsere Analyse der detaillierten kommunalen Praktiken und Strategien der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in diesem Kapitel bestätigt jedoch tendenziell die Annahme,

die wir zu Beginn dieses Buchs formuliert haben, nämlich zum *komplementären* Verhältnis von Auftragsvergabe und kollektiver Selbstregulierung. Dies wird durch die Detailanalyse einzelner Fälle wie auch durch den Vergleich zwischen den beiden von uns untersuchten Branchen deutlich. Die Sicherheitsbranche weist hier, wie zu sehen sein wird, mit einem Grundgerüst an kollektiver Selbstregulierung insgesamt etwas bessere Voraussetzungen auf. Während der Machtressourcenansatz solche Unterschiede in erster Linie auf die je nach Branche und Land unterschiedlichen Stärken der arbeitnehmerseitigen Akteure zurückführt, macht im vorliegenden Fall insbesondere die höhere Organisationsfähigkeit der *arbeitgeberseitigen* Akteure in der Sicherheitsbranche den Unterschied aus.

Von den Entscheidungsinhalten her geht es im Folgenden nicht um neue gesetzliche Standards (vergabespezifische Mindestlöhne) oder die gesetzliche Erstreckung von tariflichen Standards (Tariftreue), die wir im ersten Teil des Buches beleuchtet haben. Aushandlungsgegenstand in diesem Experimentierraum auf kommunaler Ebene ist vielmehr, wie diese Standards selbst angewandt und umgesetzt werden, sowie weitere Aspekte, die nicht durch gesetzliche oder tarifvertragliche Regelungen abgedeckt sind.

Konkret behandeln wir in den folgenden Abschnitten vier Arten von Aushandlungsgegenständen bzw. Stellschrauben, über die in der kommunalen Vergabepraxis auf die Arbeitsqualität in beauftragten Betrieben eingewirkt wird:

- *Angemessene Löhne:* Zum einen geht es um die Frage, ob und wie bei der Ausgestaltung der Ausschreibungen auf gesetzliche oder tarifliche Lohnstandards Bezug genommen wird (Tarifverträge, vergabespezifische Mindestlöhne, gesetzliche Mindestlöhne); wie diese also verwaltungsseitig umgesetzt werden (Abschn. 9.3)
- *Angemessene Preise:* Zum zweiten geht es um die Frage, wie Kommunen bei der Bewertung oder Vorgabe von Preisen den Kostenfaktor Arbeit berücksichtigen. Inwieweit fließen beispielsweise Marktlöhne oder extern gesetzte Lohnstandards in die behördenseitige Kalkulation marktgängiger Preise ein? Damit können Kommunen das Lohnniveau in ihren beauftragten Firmen zwar nicht direkt beeinflussen, aber es ihnen mehr oder weniger erleichtern, extern gesetzte Lohnstandards anzuwenden – oder im Gegenteil indirekt Anreize setzen, den Kostenfaktor Arbeit auch durch niedrige Löhne zu begrenzen (Abschn. 9.4)
- *Angemessene Arbeitsbedingungen:* Des Weiteren geht es um Praktiken, mit denen Kommunen ihren beauftragten Firmen Auflagen machen oder Anreize setzen in Bezug auf weitere Dimensionen ‚guter Arbeit'; insbesondere

zu Arbeitszeit (Umfang und Lage), und zur Rolle von Subunternehmen (Abschn. 9.5).

- *Kontrollen:* Eine weitere wichtige Stellschraube sind schließlich Maßnahmen zur Kontrolle der vertraglich vereinbarten Auflagen, eine zentrale Bedingung für die Wirksamkeit aller bisher genannten Praktiken (Abschn. 9.6).

Bevor wir diese spezifischen Stellschrauben näher analysieren, wirft der folgende Abschnitt zunächst einen Blick darauf, wie die grundlegenden Strukturen der industriellen Beziehungen in beiden Branchen die vergabespezifischen Strategien von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden in beiden Branchen prägen.

9.2 Branchenspezifische industrielle Beziehungen: Lücken und Schatten für den neuen Experimentierraum

Viele Branchen des privaten Dienstleistungssektors sind durch niedrige Organisationsgrade von Gewerkschaften und zum Teil auch Arbeitgeberverbänden, eine vergleichsweise geringe Tarifbindung, fragmentierte sowie lückenhafte Strukturen der betrieblichen Mitbestimmung gekennzeichnet, und wo es überhaupt bilaterale Verhandlungen gibt, sind diese oftmals stark antagonistisch (u. a. Birke 2010; Artus 2010; Rehder 2016). Diese Merkmale treffen, wenngleich in unterschiedlichem Maße, auch auf die beiden hier betrachteten Marktsegmente zu: Während in der Schulverpflegung betriebliche Mitbestimmung und Tarifverträge absolute Ausnahmen sind, sind die Tarifstrukturen und auch der Organisationsgrad von Arbeitgebern im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen deutlich stärker ausgebaut; die Beziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sind dennoch recht konfliktbehaftet.

Diese Strukturen werfen auch ihre Schatten für die vergabespezifischen Strategien der verbandlichen Akteure. Dies gilt gerade in Hinblick auf die geringen infrastrukturellen Ressourcen, die insbesondere den Aktionsradius der Gewerkschaften in diesem Feld einschränken – die Machtasymmetrien in den klassischen Arenen machen sich also auch hier bemerkbar. Es gilt zudem auch im Hinblick auf die Tarifnormen, die in dieser Arena geschaffen werden: Wo diese existieren, wie in der Sicherheitsbranche, können sie auch einen Bezugspunkt für die Lobbying-Bemühungen der Akteure bilden. Schließlich gilt dies auch im Hinblick auf die schwach ausgeprägten (Catering) bzw. von Misstrauen und Konflikten (Sicherheitsdienstleistungen) geprägten Kulturen der Kooperation bzw. Interaktion zwischen den Parteien. Trotz faktischer Interessenüberschneidungen

im Hinblick auf die Ausschreibungsbedingungen verfolgen die Akteure weitgehend getrennte und nicht-koordinierte Strategien der Einflussnahme. Dies wird anhand der einzelnen Aushandlungsgegenstände in den nachfolgenden Abschnitten noch im Detail erörtert, soll in diesem Abschnitt aber für einen Überblick in groben Zügen beleuchtet werden.

9.2.1 Schulverpflegung

9.2.1.1 Strukturen und Strategien der kollektiven Selbstregulierung

Für die Unternehmen in der Schulverpflegung haben Tarifverträge, und erst recht allgemeinverbindliche Tarifverträge, so gut wie keine Bedeutung. Dies liegt zum Teil in der Anbieterstruktur begründet. Neben einigen großen Unternehmen wie Sodexo, Apetito oder RWS sind in diesem Segment viele kleine und mittelständische Betriebe tätig, die zudem gerade in Westdeutschland erst im Zuge des Ausbaus von Ganztagsschulen in den Markt eingetreten sind. Auch ein geringes Betriebsalter ist neben der geringen Unternehmensgröße ein Faktor, der grundsätzlich mit einer geringeren Häufigkeit von Tarifbindung und Betriebsräten einhergeht (u. a. Schulten et al. 2021). Zwar existieren in allen 18 Tarifregionen Flächentarifverträge für das Hotel- und Gaststättengewerbe zwischen der Gewerkschaft Nahrung-Genussmittel-Gaststätten (NGG) und dem Arbeitgeberverband Deutscher Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA). Jedoch sind nur wenige Unternehmen mit Schwerpunkt Schulverpflegung Mitglied des DEHOGA. So gibt es auf Bundesebene zwei DEHOGA-Fachabteilungen (‚Catering' und ‚Gemeinschaftsgastronomie'), unter den Mitgliedern befinden sich aber nur sehr vereinzelt Catering-Unternehmen mit einem Standbein in der Schulverpflegung (DEHOGA 2015, 2017). Weil der DEHOGA in zahlreichen Landesverbänden die Möglichkeit einer OT-Mitgliedschaft bietet, sind zudem nicht einmal diese Unternehmen unbedingt an den Flächentarifvertrag gebunden.[2] Der 2019 gegründete ‚Verband Deutscher Schul- und Kitacaterer e. V.' (VDSKC) versteht sich wiederum lediglich als Sprachrohr der Teilbranche gegenüber Politik und Öffentlichkeit und betreibt keine eigene Tarifpolitik. Seine Mitgliedsbasis beschränkt sich zudem bislang auf Berliner Unternehmer; aus diesem Kreis ist auch der

[2] Die Firma Sodexo als umsatzstärkster Anbieter etwa hat – wie viele andere große Caterer in der Betriebsgastronomie – einen Haustarifvertrag, der allerdings nicht für die Tochterfirma Sodexo SCS gilt, die im Segment der Schulverpflegung tätig ist. Die Firma Apetito mit dem zweitgrößten Umsatz im Segment Schulverpflegung ist an keinen Tarifvertrag gebunden.

Vorgänger, der Verband der Berliner und Brandenburger Schulcaterer (VBBSC) hervorgegangen.

Auf Seiten der NGG ist der Bereich der Gemeinschaftsgastronomie ebenfalls ein marginaler Bereich. Das hat zum einen mit dem breiten Spektrum an Wirtschaftsbereichen zu tun, das die NGG vertritt (neben Hotel- und Gaststättengewerbe auch die Ernährungsindustrie), zum anderen mit dem sehr niedrigen Organisationsgrad in dem Segment. Die Arbeit der Gewerkschaft konzentriert sich hier auf die wenigen großen und überregional tätigen Catering-Unternehmen mit Schwerpunkt in der Betriebsgastronomie. Nach einer älteren Studie aus dem Jahr 2007/2008 lag der Organisationsgrad im deutschen Catering-Gewerbe bei gerade einmal 3 % (Stettes 2010); aktuellere Zahlen sind nicht verfügbar. Die Mitgliederrekrutierung der Gewerkschaft und die Mobilisierung von Mitgliedern wird nicht zuletzt durch den hohen Anteil Teilzeitbeschäftigter mit niedrigem Stundenvolumen erschwert, denn dies begrenzt „auch die Identifikation mit dem Betrieb und die Bereitschaft, etwas an der eigenen Beschäftigungssituation zu verbessern. Außerdem ist es in einer Belegschaft, die aus vielen Teilzeitstellen und Minijobs besteht, auch wesentlich schwieriger, sich untereinander abzustimmen und zu solidarisieren“ – wie eine Studie zum Bremer Gastgewerbe festhält (Salot 2018, S. 94). Nach den Zahlen der DEHOGA waren vor der Corona-Pandemie knapp 40 % der Arbeitnehmer*innen im Catering-Segment insgesamt geringfügig beschäftigt (DEHOGA 2020). Im Segment der Schulverpflegung kommt erschwerend die dezentrale Leistungserbringung hinzu, denn neben den Zentralküchen arbeitet ein erheblicher Teil der Beschäftigten in den Ausgabeküchen an den Schulen. Die geringe Mitgliederbasis im Hotel- und Gastgewerbe insgesamt beschränkt wiederum auch die personelle Ausstattung und damit die infrastrukturellen Ressourcen der Gewerkschaft stark. Auf der Ebene der insgesamt 5 Landesbezirke der NGG sind jeweils nur eine Handvoll hauptamtlicher Gewerkschaftssekretär*innen für die Tarifarbeit in sämtlichen Teilbranchen der Nahrungsmittelindustrie und des Hotel- und Gaststättengewerbes zuständig, hinzu kommen 50 regionale Büros, in denen jeweils 1–2 hauptamtliche Mitarbeiter*innen für die Betreuung der Mitglieder vor Ort zuständig sind.

Die Tarifbindung dürfte entsprechend im Segment der Schulverpflegung noch deutlich unter dem Wert für das Gastgewerbe insgesamt liegen, der 2018 bei lediglich 40 % aller Beschäftigten lag (Ellguth und Kohaut 2019, S. 293).[3] Entsprechend dieser nahezu ‚flächendeckenden Lücken‘ der kollektiven Selbstregulierung werden die Arbeitsbedingungen in der Branche weitgehend durch

[3] Tarifregionen mit einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag stellen hier mit NRW (bis 2018) und Bremen (seit 2018) die Ausnahme dar.

gesetzliche Regelungen bestimmt. Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 hat hier nach einheitlicher Darstellung der im Projekt befragten Vertreter*innen von Unternehmen und Gewerkschaften zu deutlichen Lohnsprüngen geführt. Dies hat auch mit der Beschäftigungsstruktur zu tun: Ein Großteil der Arbeitsplätze wird als ‚Hilfstätigkeiten' geführt, die keiner Ausbildung bedürfen,[4] und deren Stundenlöhne vor 2015 zum Teil deutlich unter 8,50 € lagen.[5]

Die Lohnentwicklung wird entsprechend seit 2015 stark durch die regelmäßigen Mindestlohnerhöhungen geprägt – sowie durch vergabespezifische Mindestlöhne, wo sie existieren. Dem interviewten Betriebsrat eines in Ostdeutschland tätigen Unternehmens zufolge hat die Einführung des Mindestlohns dort auch zu einer starken Lohnkompression geführt, weil die Löhne der Hilfskräfte hier überproportional stiegen und dies vom Unternehmen nicht durch entsprechend starke Lohnsteigerungen für Köch*innen und andere ausgebildete Kräfte begleitet wurde. Dies spiegeln auch die tarifvertraglichen Lohnstrukturen wider: In drei ostdeutschen Bundesländern (Sachsen-Anhalt, Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern) betrug der Unterschied zwischen den Monatslöhnen von Hilfskräften und Fachkräften mit Ausbildung in den regionalen Tarifverträgen in den Jahren 2018/2019 gerade einmal rund um die 100 € (Bosch et al. 2019, S. 255). Der Fachkräftemangel für ausgebildete Kräfte, den Wirtschaftsverbände immer wieder auch und gerade für das Gaststättengewerbe insgesamt feststellen (u. a. DIHK 2018, S. 10), und der auch von Gesprächspartner*innen aus den im Rahmen der Fallstudien befragten Unternehmen bestätigt wird, hat in den Vergütungsstrukturen in der Gemeinschaftsverpflegung bislang offenbar wenig Spuren hinterlassen. Möglicherweise wird der Fachkräftemangel auch dadurch gemildert, dass die Arbeitszeiten in der Gemeinschaftsverpflegung planbarer und familienfreundlicher als im Gastgewerbe insgesamt sind. Gerade in der Schulverpflegung sind Arbeitszeiten auf die Werktage und die Tageszeiten beschränkt. Im Gegensatz zum Gastgewerbe insgesamt, wo Beschäftigte laut Maack et al. (2013, S. 97) durchschnittlich nur zwei bis drei Jahre in einem Betrieb bleiben, ist das Catering offenbar eine Art Auffangbecken gerade für ältere Arbeitnehmer*innen aus der Gastronomie; rund ein Drittel der Beschäftigten sind hier über 50 Jahren (ebda., S. 83 ff.).

Weniger die Lage der Arbeitszeit, wohl aber der geringe zeitliche Umfang vieler Stellen, und damit verbunden die geringen Verdienstmöglichkeiten, sind

[4] Eine Studie zum Anforderungs- und Qualifikationsprofil im Berliner Catering-Gewerbe beziffert ihren Anteil auf etwa die Hälfte der Beschäftigten (Ansorge 2017, S. 23).

[5] Im Gastgewerbe insgesamt hatte in den Jahren vor Einführung des gesetzlichen Mindestlohnes mehr als die Hälfte (55,4 %) aller Beschäftigten für einen Stundenlohn von unter 8,50 € gearbeitet (Kalina und Weinkopf 2015, S. 12).

jedoch ein Aspekt, der ihre Attraktivität für Beschäftigte mindert – zumindest für Beschäftigte, die auf einen mehr als geringfügigen Verdienst angewiesen sind. Dies gilt insbesondere für die Stellen in den Ausgabeküchen, die mitunter nur 2–3 Stunden am Tag umfassen. Der Monatslohn liegt auch bei diesen Stellen seit Einführung des Mindestlohns damit knapp oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze und ist insofern steuer- und abgabepflichtig. Nach Auskunft einer Unternehmensvertreterin (Unternehmen SchuCat [1], D-BRÜCK) hat dies die Rekrutierungsschwierigkeiten auch für diese Stellen erhöht. Hinzu kommen die langen, üblicherweise unbezahlten Freistellungen in den Schulferien.

9.2.1.2 Im Schatten der alten Arenen: Vergabespezifische Strategien von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden

Die Aktivitäten der Verbände in Bezug auf Vergabepolitik und -praxis sind in dem Segment insgesamt gering ausgeprägt. Wie auf Bundesebene, so fehlt es auch auf Landesebene und erst recht auf kommunaler Ebene weitgehend an Akteuren, die sich mit dem Thema befassen.

- Offizielle Stellungnahmen der DEHOGA zum Thema Vergabepolitik und Tariftreue gab es bislang weder auf Bundes- noch auf Landesebene. Die vier untersuchten Kommunen sind in dieser Hinsicht typisch: Nach den Interviews mit den regionalen DEHOGA-Geschäftsstellen zu urteilen, haben die hauptamtlichen Vertreter*innen über ihre Verbands-Mitglieder kaum Berührungspunkte mit dem Thema der öffentlichen Auftragsvergabe.
- Die Gewerkschaft NGG ist auf Bundesebene bislang ebenfalls nicht mit speziellen Stellungnahmen zum Thema Vergabepolitik und Tariftreue in Erscheinung getreten; eher schon sind einzelne Landesverbände in diesem Themenbereich aktiv. Die geringe personelle Ausstattung beschränkt allerdings auch dort den Umfang der Aktivitäten stark. Stellungnahmen und weitere Aktionen konzentrieren sich auch aus diesem Grund auf die Landesvergabepolitik, insbesondere das Thema Tariftreue. An die Adresse der lokalen Vergabepolitik richten sich allenfalls Aktionen, die über landespolitische Regelungen aufklären bzw. zu deren Einhaltung auffordern. Beispielsweise hat die NGG in dem Bundesland, in dem eine der Fallstudienkommunen liegt (C-FURT), sich für die Einführung und gegen die Abschaffung des vergabespezifischen Mindestlohnes positioniert. Zusätzlich zu den Stellungnahmen des Landesverbandes haben sich regionale NGG-Geschäftsstellen in dem Bundesland mit überregional abgestimmten Öffentlichkeitskampagnen in der Zeit vor (2011) bzw. nach (2019) Geltung des Landes-Vergabemindestlohnes mehrfach

über wortgleiche Pressemitteilungen an Städte und Kreise in ihrem Zuständigkeitsbereich gewendet und diese dazu aufgefordert, dafür Sorge zu tragen, dass öffentliche Aufträge im Bereich des Caterings und der Gemeinschaftsverpflegung nur an Unternehmen gehen, die mindestens den Vergabemindestlohn zahlen (2011), bzw. nur an tarifgebundene Unternehmen (2019).

Weitergehende Versuche der direkten Einflussnahme auf die kommunale Vergabepolitik oder sogar einzelne Ausschreibungen mit dem Ziel einer besseren Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen bei der Auftragsvergabe gibt es hingegen so gut wie gar nicht. Eine Ausnahme stellt hier, wie unten zu sehen sein wird, lediglich das Fallbeispiel BERLIN dar. Dies wird unter anderem dadurch begünstigt, dass hier wichtige Entscheidungen auf Landesebene getroffen werden, und Landes- und kommunale Ebene (Bezirke) in der Ausgestaltung der Vergabepraxis eng miteinander kooperieren. Mit der Fokussierung auf die Landesebene können die Verbände hier daher die relevanten Akteure erreichen.

9.2.2 Sicherheitsdienstleistungen

9.2.2.1 Strukturen und Strategien der kollektiven Selbstregulierung

Im Vergleich zur Schulverpflegung sind die eingespielten Formen der industriellen Beziehungen in der Sicherheitsdienstleistungsbranche stärker ausgeprägt und angesichts einer zentralisierten Tarifstruktur für eine Niedriglohnbranche vergleichsweise robust. Über Entgelt- und Manteltarifverträge verhandelt der Arbeitgeberverband BDSW (Bundesverband der Sicherheitswirtschaft) sowohl auf Bundes- als auch Landesebene mit der Gewerkschaft ver.di, in wenigen Bundesländern (Niedersachsen und Sachsen) jedoch mit der als ‚arbeitgeberfreundlich' bekannten Gewerkschaft GÖD. Laut Angaben des BDSW vertrat er mit seinen 957 Mitgliedsunternehmen im Jahr 2020 zwar nur rund 16 % aller auf dem Markt tätigen Unternehmen im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen (neben großen Anbietern wie Securitas und Kötter auch eine Vielzahl mittelständischer Unternehmen), bei ihnen waren jedoch 58 % der Beschäftigten in der Branche angestellt (BDSW 2020, S. 23). Da die Branche zu den wenigen zählt, in denen die die Sozialpartner für die Lohntarifverträge ganz oder wenigstens teilweise die Allgemeinverbindlichkeit beantragen (siehe unten), ist die faktische Tarifbindung in der Branche hoch. Nach Angaben des BDSW lag die Tarifbindung 2014 sogar bei rund 67 % der Beschäftigten und damit deutlich über dem gesamtdeutschen Durchschnitt (58 %) (BDSW 2020, S. 22), der im Jahr

2019 weiter auf 52 % abgesunken war (Ellguth und Kohaut 2015, 2020).[6] Der gewerkschaftliche Organisationsgrad von Sicherheitsbeschäftigten wird hingegen auf lediglich 8–15 % geschätzt und fällt je nach Tätigkeitsbereich zum Teil sehr unterschiedlich aus (Briken 2011, S. 57; Schröder und Weinkopf 2017).

Die Sicherheitsbranche gilt mit Ausnahme einzelner Teilbereiche als Niedriglohnbranche. Vor Einführung des gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 hatten selbst die tariflichen Vergütungsgruppen bundesweit noch zu 58 % unterhalb von 8,50 € Stundenlohn gelegen (Bispinck und WSI-Tarifarchiv 2017, S. 2).[7] Inzwischen kam es jedoch zum Teil zu deutlichen Tariflohnsteigerungen, die auch von den Arbeitgebern angesichts des sich zuspitzenden Fachkräftemangels bereitwilliger mitgetragen wurden als in der Vergangenheit. Der tarifliche Grundlohn liegt je nach Bundesland mittlerweile (Stand: Jan 2022) 9–18 % über dem derzeit gültigen gesetzlichen Mindestlohn von 9,82 €, aber noch unterhalb der Niedriglohnschwelle.[8] Für die hier im Fokus stehenden Sicherheitsbeschäftigten in Flüchtlingsunterkünften existieren überwiegend entweder eine separate Tariflohngruppe oder eine Zulage zum Grundlohn, womit der tarifliche Stundenlohn um 10–37 % über dem gesetzlichen Mindestlohn liegt (Stand: Januar 2022).

Bemerkenswert sind die Bemühungen des Arbeitgeberverbandes, die Branche im Eigeninteresse seiner Mitglieder zu regulieren und den Wettbewerb mit der ‚Billigkonkurrenz' zu entschärfen. So setzt sich der BDSW seit vielen Jahren für die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) seines Tarifgitters ein – allein 40 % aller auf Landesebene gestellten Anträge habe die Sicherheitsbranche eingebracht (BDSW 2019). Dem Verband zufolge ist die AVE von Tarifverträgen wesentlich für das Gewerbe, da sie mit der Stärkung der Tarifbindung auch „gewährleistet, dass die Arbeitsplätze zur Existenzsicherung tauglich sind" (Olschok 2008, S. 111). Auch kritisierte der BDSW die lange anhaltende „Blockadehaltung" der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) öffentlich als „willkürlich" (ebda.). Seit der Aufhebung des 50 %-Quorums im Zuge des Tarifautonomiestärkungsgesetzes sowie dem Beitritt des BDSW in die BDA im Jahr 2014 ist es den Tarifpartnern zunehmend gelungen, ihre Ländertarifverträge zumindest in großen Teilen für allgemeinverbindlich erklären zu lassen.

---

[6] Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes, auf die der BDSW sich bezieht, lag der Anteil Beschäftigter in tarifgebundenen Betrieben im Jahr 2014 abweichend davon bei 45 %.

[7] Zwischen 2011 und 2013 bestand mit regionalen Branchenmindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zudem eine auch für nicht tarifgebundene Betriebe verbindliche Lohnuntergrenze, die zuletzt bei Stundenlöhnen zwischen 7,50 € und 8,90 € lag.

[8] Die Niedriglohnschwelle liegt gemäß OECD-Definition bei zwei Dritteln des mittleren Stundenlohns (Median) in Deutschland. Im April 2021 lag dieser Wert bei also 12,27 € brutto je Stunde im April 2021 (Statistisches Bundesamt 2021).

Dies trifft in erster Linie auf die Entgelttarife zu, während die in den Manteltarifverträgen geregelten Lohnzulagen und weiteren Bestimmungen weitgehend nur für die qua Mitgliedschaft im Verband tarifgebundenen Unternehmen gelten. Zum Stand Dezember 2020war in 14 Bundesländern der Entgelttarifvertrag, oder zumindest Teile davon, allgemeinverbindlich, sodass zumindest die unteren Tariflöhne nahezu flächendeckend in Deutschland verpflichtend sind.

Die tarifliche Regelung des seit 2015 bedeutsamer werdenden Geschäftsfeldes Schutz von Flüchtlingsunterkünften ist entschieden vom Arbeitgeberverband mitgetragen worden. Wo heute ca. 10 % der Beschäftigten in der Branche eingesetzt werden (nach Objekt- und Werkschutz sowie Empfangsdiensten das bedeutsamste Einsatzgebiet; BDSW 2020, S. 33), mussten anfangs starke Anreize geschaffen werden, um Personal für die als sensibel geltenden Tätigkeiten gewinnen zu können. Dies gilt umso mehr, als das politisch ‚heikle' Geschäft mit Flüchtlingsunterkünften, wie ein befragter BDSW-Landesverband berichtete, auch auf viele Verbandsunternehmen nicht gerade attraktiv gewirkt hatte. So sei das Risiko von öffentlich-medialen Skandalen unkalkulierbar, die Gesinnung des Personals stets eine ‚black box' (angespielt wird hier auf einen latenten Rechtsextremismus, der immer wieder im Zusammenhang mit der Branche diskutiert wird) – „normale Leute" hätten die Arbeit kaum aus freien Stücken gemacht.

Trotz dieser hohen Tarifabdeckung gelten die Arbeitsbedingungen in der Branche nach wie vor als problematisch. Sie sind nicht nur durch die geringe Bezahlung, sondern auch häufig extrem lange Arbeitszeiten, Dauerbefristungen und eine Reihe betrieblicher Probleme geprägt, die von systematisch-fehlerhaften Lohnabrechnungen über die mangelhafte Gewährung von Erholungspausen bis hin zu Repressionen gegenüber nur marginal vorhandenen Betriebsräten reichen (Briken 2011; Schröder und Weinkopf 2017). Auch ist der Anteil von Minijobs in der Branche mit 31 % vergleichsweise hoch; etwa jede*r vierte geringfügig Beschäftigte ist mindestens 55 Jahre alt (BDSW 2020, S. 18). Einem interviewten ver.di-Landesverband zufolge bestehe die Branche, anders als vom BDSW dargestellt, aus einer Reihe von grauen Schafen in unterschiedlicher Schattierung, da sich auch keines der Verbandsunternehmen vollumfänglich an den Tarifvertrag halte. Entsprechend gestaltet sich die Beziehung zwischen den Sozialpartnern eher konfliktlastig und über das engere Handlungsfeld Tarifpolitik hinaus wenig konstruktiv.

Erschwerend kommt hinzu, dass die infrastrukturellen Ressourcen der Gewerkschaft nur begrenzten Spielraum für die Vertiefung spezieller Themen zulassen. Zwar verzweigen sich die insgesamt 10 Landesbezirke von ver.di in eine z. T. recht große Zahl von Bezirken und weiteren Geschäftsstellen. Anders als der BDSW ist ver.di jedoch nicht nur zuständig für Sicherheitsdienstleistungen: Der

Fachbereich 13 „Besondere Dienstleistungen" umfasst ein ausgesprochen heterogenes Feld von bis zu 13 Branchen, die den drei Fachgruppen ‚Touristik, Freizeit, Wohlbefinden', ‚Forschung, Kommunikation und Sachverständige, Verbände und Parteien, Dienstleistungen für Unternehmen' sowie ‚Immobilien, Sicherheit, Facility' zugeordnet sind. Je nach Region erlaubt die vom Organisationsgrad abhängige personelle Ausstattung hier unterschiedlich arbeitsteiliges Vorgehen. Während im zuständigen Landesfachbereich von C-FURT zwei Gewerkschaftssekretäre ihren Schwerpunkt auf die Sicherheitsbranche legen und im Austausch mit je 1–2 Hauptamtlichen aus einer vergleichsweise größeren Zahl an regionalen Büros stehen, ist andernorts nur ein*e Gewerkschaftssekretär*in für das gesamte Spektrum der Dienstleistungen im ganzen Bundesland (E-HAUSEN) verantwortlich, wenn nicht sogar noch für einen zusätzlichen Fachbereich (D-BRÜCK). Die insgesamt knappen Ressourcen werden neben der Tarifpolitik übergreifend darauf konzentriert, überhaupt Zugänge zu den Beschäftigten vor Ort herzustellen, denn die von Vereinzelung geprägte dezentrale Struktur des Arbeitseinsatzes beim jeweiligen Kunden erschwert die Gewerkschaftsarbeit. Über das Angebot von Grillfesten, Stammtischen oder auch digitalen Formate werden Anstrengungen unternommen, die Sicherheitsbeschäftigten zu vernetzen, den Austausch möglichst zu verstetigen und darüber eine solidere Mitgliederbasis herzustellen.

9.2.2.2 Im Schatten der alten Arenen: Vergabespezifische Strategien von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden

Gewerkschaftsseitig war die öffentliche Auftragsvergabe im Untersuchungszeitraum auch im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen ein wenig bearbeitetes Thema. Die gewerkschaftliche Einflussnahme der zuständigen Gewerkschaft ver.di beschränkt sich in unseren Fallstudien auf Auskünfte zu geltenden Tarifbestimmungen oder zu Erfahrungen mit einzelnen Unternehmen, in den seltenen Fällen in denen sich öffentliche Auftraggeber an die Gewerkschaft wenden. Darüberhinausgehende Initiativen treten isoliert auf und sind, wenn, dann von eher kurzzeitigem Erfolg. Zudem wird am ehesten auf bereits erfolgte Vergaben reagiert, die wegen problematischer Arbeitsbedingungen im laufenden Auftrag auffallen: „Wir kriegen es natürlich immer erst mit, wenn das alles schon gelaufen ist." (ver.di Landesverband, C-FURT). Einzig der für C-FURT befragte Landesverband wird selbst aktiv, wenn es um arbeits- und tarifrechtliche Verstöße, etwa infolge undurchsichtiger Subunternehmerstrukturen geht (s. Abschn. 9.5.2) Auch setzte dieser Landesverband in einer weiteren Initiative auf öffentliche Skandalisierung und direkte Ansprache der öffentlichen Auftraggeber,

um deren Marktmacht als (Groß-)kunden zu mobilisieren – und zwar für den Interessenausgleich in der traditionellen Arena:

- Im Zuge stockender und langwieriger Tarifverhandlungen mit dem BDSW hat die Gewerkschaft Briefe an zahlreiche Kunden großer Mitgliedsunternehmen verschickt, um auf das verbreitete Argument aufmerksam zu machen, höhere Tariflöhne seien gegenüber den Kunden und ihrem Interesse an niedrigen Preisen nicht zu rechtfertigen. Die Aktion zielte darauf ab, die Auftraggeber mit an den Verhandlungstisch zu holen und sie Stellung beziehen zu lassen. Immerhin einzelne, überwiegend positive Reaktionen habe dies provoziert. Unklar bleibt allerdings, welchen Einfluss die Aktion auf den erfolgten, vergleichsweise hohen Tarifabschluss letztlich hatte.
- Einmal habe der Landesverband auch versucht, unmittelbar die Landespolitik mit Problemen der Vergabe in Flüchtlingsunterkünften zu adressieren. Im Gespräch mit dem Arbeitsministerium sei auf dubiose Unternehmen mit teils offen rechtsextremem Personal in Flüchtlingsunterkünften hingewiesen worden, die insbesondere bei der Untervergabe von Subunternehmen aus dem Blickfeld geraten.

Mit Ausnahme dieser wenigen und lokal begrenzten Beispiele bewegt sich ver.di allerdings kaum strategisch oder gestaltungsorientiert auf dem Feld der öffentlichen Auftragsvergabe – anders als der Arbeitgeberverband BDSW.

Mit der in Kap. 6 als Professionalisierungs-Strategie beschriebenen Erarbeitung und Veröffentlichung von Handbüchern bzw. Positionspapieren für eine qualitätsvolle Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen betreiben der Arbeitgeberverband und seine Landesgruppen reges Lobbying in Richtung Politik und öffentliche Auftraggeber. Auf unterschiedlichen Ebenen besteht eine Reihe weiterer Bemühungen, weshalb von einer ‚Politik der tausend Nadelstiche' gesprochen werden kann. Als die Nachfrage nach Sicherheitsdienstleistungen für den Schutz von Flüchtlingsunterkünften im Jahr 2015 sprunghaft anstieg und zahlreiche neue Unternehmen auf den Markt strömten, bildete der BDSW einen Fachausschuss, der sich seither mit Qualitätsstandards sowie Fragen der Arbeitssicherheit und Entlohnung in diesem Segment beschäftigt. Hauptanliegen sind der Aufbau eines Netzwerks mit Entscheider*innen auf landespolitischer Ebene sowie in öffentlichen Verwaltungen sowie die Vereinheitlichung von Vergabebedingungen auf zumindest regionaler Ebene:

> „Da gibt es auf Bundesebene einen Vorstandsbeschluss, dass (…) wir in den einzelnen Bundesländern Multiplikatoren einsetzen. (…) Die sollen dann (…) auch diese Stabstelle bilden hin zu den Ministerien. Das ist sehr zeitintensiv. (…) Wenn sich in den Ministerien irgendwelche Zuständigkeiten ändern, fängst du wieder von vorne an. Du musst also ständig deine Kontakte aktualisieren, auf dem Laufenden halten. Und nur, wenn man da reinkommt und, sage ich einmal, auch wirklich das Konzept vorstellt und sagt ‚Lasst uns überlegen, was wir noch tun können', dann wird man irgendwann mal von dieser Ausschreibungssituation ‚Weg vom Billigsten' was verändern. Vorher wird nix passieren." (BDSW Fachausschuss zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften)

In einzelnen Regionen, so im Bundesland von A-BURG, habe dieses Vorgehen bereits Erfolge verbuchen können. Hier hatten verschiedene Vorfälle in Flüchtlingsunterkünften (u. a. Erpressungsversuche durch Sicherheitsbeschäftigte) den Handlungsdruck sowohl auf Seiten des Verbandes als auch der Landespolitik erzeugt und den Weg für kooperatives Vorgehen geebnet:

> „Dann habe ich dann das erste Mal gesagt: ‚Okay, jetzt ist einmal eine Grenze erreicht. Dann habe ich um einen Termin gebeten bei [zust. Ministerium] und der kam auch innerhalb von anderthalb Wochen zustande. Und das war relativ einfach, die Situation: Wir konnten uns jetzt entweder vor den Kameras abwatschen: ‚Ich schimpfe auf die Politik und öffentliche Hand' und umgekehrt – oder: ‚Wir finden gemeinsam Lösungen'. Und keine fünf Minuten hat das gedauert, bis es klar war: Wir wollen eigentlich beide Qualität und sie [Ministerin] hat dann auch sofort den Arbeitskreis ins Leben gerufen, bei dem ich dann beratend mit dabei sein sollte. Dass man sagt: ‚Okay, wie ist das eine oder andere aus unserem Positionspapier zu verstehen?'. Es wurden Anwälte eingeschaltet, die das Vergaberecht beleuchten sollten, was ist machbar, was ist nicht machbar." (BDSW Fachausschuss zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften)

Man verlässt sich hier also nicht auf die Macht des geschriebenen Wortes in Gestalt von Positionspapieren, sondern ist im Austausch mit öffentlichen Auftraggebern auch darum bemüht, für ihre Berücksichtigung zu werben.

Auch verfügt der Arbeitgeberverband über eigene vergaberechtliche Expertise. Der zuständige Jurist bietet neben Rechtsberatung in Kooperation mit einer Anwaltskanzlei und dem ‚Behörden-Spiegel'[9] branchenspezifische Seminare für Verwaltungsbeschäftigte an, in denen öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Spezifika der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen weitergebildet und ihnen dabei BDSW-Positionen nahegelegt werden, wie vor allem der Einbezug qualitativer Wertungskriterien. Hinzu kommen Beiträge in entsprechenden

---

[9] Eine monatlich erscheinende Zeitschrift für den öffentlichen Dienst. Einen ihrer Schwerpunkte bildet das Thema Sicherheit. Hier wird zudem eine große Bandbreite von Seminaren angeboten, u. a. zum Vergaberecht (https://www.behoerden-spiegel.de/seminare/).

Fachzeitschriften, in denen für die Positionen des BDSW geworben wird (z. B. VergabeFokus 2017). Die negativen Erfahrungen aus der Zeit des „Auftragsbooms“, die durch Skandale um schlechte Qualität und Billigstvergaben begleitet war (BDSW 2016), nutzt der BDSW im Rahmen seiner Beratungstätigkeit, um von großen Qualitätsunterschieden zwischen den eigenen Verbandsunternehmen und dem vielfach beschriebenen Gegenbild des unprofessionellen sowie dubiosen „3-Mann-Unternehmens“ zu überzeugen, vor dem die Branche nur so wimmele. Hierbei wird großer Wert darauf gelegt, die besondere Bedeutung des Einkaufsgegenstandes ‚Sicherheit‘ als „höchst schützenswerten Rechtsgutes“ zu betonen, die eine qualitätsorientierte Ausschreibung entsprechend erforderlich mache. In dieser Überzeugungsarbeit müsse man immer wieder neu ansetzen „Das ist eine Sisyphos-Arbeit“ (Interview BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle).

Neben diesen und den in Kap. 6 ausführlicher beleuchteten langfristigen Strategien zur Einführung von Qualitätsstandards und Steigerung des Qualitätsbewusstseins verfolgen die Landesverbände bzw. die ihnen vorstehenden Unternehmen auf regionaler Ebene eher *anlassbezogene Strategien,* insbesondere mit der Kontaktaufnahme zu kommunalen Auftraggebern und direkter Kritik an deren Ausschreibungspraxis. Auch werden in diesem Zusammenhang Beratung angeboten oder – wie in einem Fall berichtet wurde – sogar Verstöße außerverbandlicher Konkurrenten gemeldet:

> „Wir haben schon viel, viel Schlechtes über die Firma gehört. Und da werde ich natürlich meine Kontakte schon spielen lassen, um herauszubekommen: Zahlen die auch wirklich Tariflohn? Oder kann ich dann mal irgendwann hinfahren und kann sagen: ‚Hier, ihr habt den genommen. DAS zahlen die wirklich‘. Es ist zwar nicht schön, diese Praxis, aber es ist nun mal so, und wir müssen uns auch schützen ein bisschen.“ (BDSW Landesverband, E-HAUSEN)

Diese Art von Strategien, sich punktuell und auf informellem Wege an öffentliche Auftraggeber zu wenden, wird vom hier zitierten BDSW-Landesverband als “zwar nicht schön“ – aber durchaus legitim erachtet.

Umgekehrt werden die Akteure der industriellen Beziehungen – nach Auskunft der Interviewpartner*innen seltener ver.di, häufiger jedoch der BDSW – insbesondere dann in Entscheidungsverfahren einbezogen, wenn es um die Erweiterung des bei den Vergabeverantwortlichen zum Teil geringen Marktwissens geht.

Eine Zusammenarbeit zwischen ver.di und dem BDSW findet, wie bereits oben erwähnt, über das engere Feld der Tarifpolitik hinaus nicht statt. Im Unterschied zur europäischen Ebene, wo für die Sicherheitsbranche gemeinsame Stellungnahmen und ein Handbuch für qualitätsvolle Auftragsvergaben von den

Sozialpartnern UNI Europa und CoESS erarbeitet worden sind (s. Kap. 6), wird dieser neue Experimentierraum weder auf Bundesebene noch regional kooperativ genutzt. Der BDSW führt dies auf eine, seiner Wahrnehmung nach, mangelnde Bereitschaft der Gewerkschaft zur Sozialpartnerschaft zurück; dazu zähle auch,

> „dass ich auch branchenbezogene Themen mit dem Sozialpartner gemeinsam angehe und für eine gewisse Lobbyarbeit in der Politik sorge, fachspezifische Themen bearbeite". Ver.di sei jedoch eine „Streikgewerkschaft", die „in ihrer Ausrichtung in den 70er Jahren stehen geblieben ist: Klassenkampf ist das Motto (…). Und das macht für mich keine Sozialpartnerschaft aus, sondern das ist nur eine Tarifpartnerschaft." (BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle.)

Die interviewten ver.di-Vertreter*innen mehrerer Landesverbände führen hingegen eine gewisse Scheinheiligkeit des Arbeitgeberverbandes ins Feld, dessen eigene Mitglieder sich nicht einmal konsequent an tarifvertragliche Regeln und Mitbestimmungsrechte (u. a. Blockade von Betriebsratswahlen) hielten. Vor dem Hintergrund einer Vielzahl von Verstößen und gerichtlichen Auseinandersetzungen, die längst nicht nur die nicht organisierten und als ‚schwarze Schafe' gebrandmarkten Außenseiter der Branche praktizierten, tue sich die Gewerkschaft schwer, offiziell mit dem BDSW zu kooperieren und gemeinsame Positionen zu beziehen. Dass die Gräben zwischen den Akteuren der industriellen Beziehungen offenbar zu tief sind, belegt folgendes (vorläufiges) Fazit eines Landesverbandes:

> „Also ich hatte die Idee, als ich hier reingekommen bin, dass wir mit dem BDSW bestimmte Probleme bereden können und die dann auch ein Eigeninteresse haben, sich um die schwarzen Schafe im Verband zu kümmern. Ich wurde eines Besseren belehrt. (…) Mit dem Arbeitgeberverband erlebe ich da keinen Partner (…) die agieren für mich zu wenig." (ver.di-Landesverband, C-FURT)

Zusammengefasst zeigt sich, dass in dem Interessendreieck öffentlicher Auftraggeber – Arbeitgeber – Beschäftigte bislang in erster Linie die Dyade Arbeitgeber – Auftraggeber mit Interaktionen belebt wird, jedenfalls dort, wo, wie im Fall der Sicherheitsbranche, der Arbeitgeberverband solche Interaktionen offensiv initiiert und anbietet. Die anderen beiden Dyaden liegen hingegen weitgehend brach. Die Gewerkschaften beider Branchen waren in den untersuchten Regionen, von wenigen punktuellen Ausnahmen abgesehen, weder indirekt, also vermittelt über eine Kooperation mit dem Arbeitgeberverband, noch direkt im Austausch mit den Auftraggebern in die Ausgestaltung der Vergabepraxis eingebunden. Dazu trägt ihre geringe Ausstattung mit infrastrukturellen Ressourcen bei, aber auch eine (möglicherweise auch darauf zurückzuführende)

geringere Neigung seitens der Auftraggeber, die Expertise der Gewerkschaften einzubeziehen; und schließlich Konflikte in den ‚alten' Arenen des Interessenausgleichs, die einer engeren Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Gewerkschaften entgegenstehen.

9.3 Vergabepraktiken, Aushandlungs- und Lernprozesse zu angemessenen Löhnen

Normen zu angemessenen Löhnen oder jedenfalls Mindestlöhnen werden zwar außerhalb der kommunalen Vergabepraxis gesetzt, vor Ort entscheidet sich aber erst, inwieweit extern gesetzte Lohnstandards auch zur Geltung gebracht werden. Hier treten deutliche Unterschiede zwischen den beiden Marktsegmenten zu Tage: In der Schulverpflegung kommen extern gesetzte Standards jenseits des allgemeinen Mindestlohns kaum zur Anwendung oder werden im besten Fall mit zeitlicher Verzögerung eingearbeitet. Die Kommunen bleiben hier also hinter den extern gesetzten Standards zurück. Im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen hingegen sind die Bemühungen um eine verbindliche Anwendung der Tarifnormen deutlicher ausgeprägt. Unterstützung erfahren sie dabei zum Teil durch Unternehmen und Verbände, die dies ausdrücklich einfordern, weil sie grundsätzlich die Anwendung von Tarifverträgen auch als Schutz gegen Billigkonkurrenz begrüßen.

9.3.1 Catering: Begrenzte Wirkung externer Lohnstandards

Anders als in der Branche Sicherheitsdienstleistungen haben Flächentarifverträge, und erst recht allgemeinverbindliche Tarifverträge, für die Unternehmen in der Schulverpflegung wie gesehen so gut wie keine Bedeutung. In drei der vier Fallstudien-Kommunen ist die Tarifsituation insofern branchentypisch: Weder Manteltarifvertrag noch Lohntarifvertrag sind dort allgemeinverbindlich, und laut Auskunft der örtlichen Gesprächspartner*innen der NGG sind die Cateringfirmen, die vor Ort in der Schulverpflegung tätig sind, auch nicht an einen Flächen- oder Haustarifvertrag gebunden. Insofern treffen die Vergabestelle kaum auf Firmen, die aufgrund ihrer Bindung an einen Tarifvertrag bei öffentlichen Ausschreibungen Wettbewerbsnachteile hätten gegenüber nicht-tarifgebundenen Betrieben. Einzige Ausnahme ist die vierte Stadt (C-FURT), wo immerhin eine Firma tarifgebunden ist und wo zudem zum Zeitpunkt der Studie die untersten Lohnstufen des Flächentarifvertrags zwischen NGG und DEHOGA für allgemeinverbindlich erklärt waren – auch dies eine Ausnahmesituation. Zwei der drei weiteren

Kommunen (D-BRÜCK, BERLIN) liegen aber in Bundesländern, in denen es bereits vor Einführung des gesetzlichen Mindestlohnes einen vergabespezifischen Mindestlohn von 8,50 € gab.

In drei der vier Kommunen existieren also Lohnstandards vor und jenseits des allgemeinen Mindestlohns, an die kommunale Auftraggeber grundsätzlich gebunden sind. Zwei Aspekte schränken ihre Effektivität aber ein: Zum einen werden diese Lohnstandards von dem allgemeinen Mindestlohn im Jahr 2015 zum Teil eingeholt oder nur in geringem Umfang und mit zum Teil erheblicher zeitlicher Verzögerung knapp über das Niveau des allgemeinen Mindestlohns angehoben. Zum zweiten ist die Existenz dieser Lohnstandards aber auch noch kein Garant dafür, dass diese auch für die Beschäftigten in der Schulverpflegung gelten. Denn aus verschiedenen Gründen kommen die Lohnstandards in den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Anwendung: In einer Kommune (D-BRÜCK) wird trotz der freiwilligen Übernahme des Landesvergabemindestlohns für städtische Aufträge dieser für Konzessionen in der Schulverpflegung nicht zur Auflage gemacht. Die Beschränkung des Landesgesetzes auf ‚Aufträge' wird dabei ohne weitere Erörterung übernommen. In einer anderen Stadt (BERLIN) sehen die Ausschreibungsunterlagen aus dem Jahr 2017 lediglich die Verpflichtung zur Zahlung des alten vergabespezifischen Mindestlohns von 8,50 € vor, da der Vergabemindestlohn (9 €) zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen noch nicht verabschiedet worden war. In der dritten Kommune (C-FURT), wo die unteren Lohngruppen des Tarifvertrags für allgemeinverbindlich erklärt sind, fehlt es schließlich an klaren und eindeutigen Hinweisen in den Ausschreibungsunterlagen. Sowohl die befragten Vertreter der Gewerkschaft NGG als auch der lokalen Unternehmen bezweifeln hier, dass die ausschreibenden Stellen Kenntnis von dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag hätten, zumal in den Ausschreibungsunterlagen nur die Einhaltung des Mindestlohnes gefordert werde. Erst eine überarbeitete Fassung des einschlägigen Formblattes aus dem Jahr 2017 sieht auch die allgemeine Pflicht zur Einhaltung von Tarifverträgen vor, die nach Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärten wurden. Dabei wird allerdings in den Ausschreibungsunterlagen lediglich das allgemeine Formblatt verwendet; die Tarifverträge des Hotel- und Gaststättengewerbes finden also keine explizite Erwähnung.

So ist selbst dort, wo Lohnstandards jenseits des gesetzlichen Mindestlohns existieren, ihr Effekt sehr begrenzt; zum einen wegen ihrer relativ geringen Höhe, zum anderen aber auch wegen ihrer mangelnden Anwendung und wenig präzisen Vorgaben in der Vergabepraxis.

9.3.1.1 Sonderfall Berlin: Narrative Ressourcen und neue Netzwerke zur ‚Fairen Auftragsvergabe'

Eine größere Bedeutung externer Lohnstandards zeichnet sich im Schulcatering erst in jüngster Zeit mit den Entwicklungen in BERLIN ab, die allerdings auch Parallelen in anderen Bundesländern hat, in denen der vergabespezifische Mindestlohn auf ein Niveau substantiell über dem gesetzlichen Mindestlohn angehoben haben (s. Kap. 4). Mit der Novellierung des Vergabegesetzes im Jahr 2019 und der beträchtlichen Anhebung des vergabespezifischen Mindestlohns auf 12,50 € wird auch der Lohn für die Beschäftigten in der Schulverpflegung sprunghaft auf ein Niveau deutlich oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns gehoben. Allerdings wiederholt sich im Jahr 2020 zunächst das gleiche Muster wie im Jahr 2017: Weil die Erhöhung des vergabespezifischen Mindestlohnes zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen zwar beschlossen, aber noch nicht in Gesetzesform gegossen ist, fehlt eine Rechtsgrundlage, auf die die Vergabeunterlagen zu diesem Zeitpunkt hätten verweisen können. Daher enthalten die Ausschreibungsunterlagen lediglich die veraltete Erklärung zu Tariftreue und Mindestentlohnung und verpflichten damit die Caterer faktisch lediglich zur Einhaltung des allgemeinen Mindestlohns (von zunächst 9,35 €).

Nach Auskunft des Gewerkschaftssekretärs der NGG hatte sich dieser zwar gemeinsam mit dem DGB erfolgreich um einen Termin mit der Bildungsbehörde bemüht, um sicherzustellen, dass der neue vergabespezifische Mindestlohn in Musterausschreibungsunterlagen für die neue Ausschreibungsrunde eingearbeitet wird. Mit diesem Anliegen dringt man jedoch nicht durch, die Ausschreibungen werden Ende Januar 2020 auf Basis der bestehenden Rechtslage veröffentlicht. Eine Verschiebung lehnt die zuständige Behörde auch mit dem Argument ab, dass man keine Versorgungslücke riskieren wolle[10] und der höhere Vergabemindestlohn nachrangige Priorität gegenüber dem Ziel besitzt, neue Verträge mit höherer Essensqualität (u. a. höherer Bio-Anteil am Essen von 50 %) abzuschließen.[11] Der Übergang zu einer öffentlichen Auftragsvergabe, die in punkto Entlohnung substantielle Verbesserungen für die Beschäftigten in der Schulverpflegung – und in anderen Branchen mit niedriger Entlohnung – mit sich bringt, gestaltet sich

[10] Dies hätte nach Auffassung des Verbandes der Schulcaterer allerdings auch durch eine Verlängerung der bestehenden Verträge um ein halbes Jahr erreicht werden können., wie ein Verbandsvertreter im Interview äußert.

[11] Dies veranschaulicht das folgende Zitat einer Sprecherin der Bildungsverwaltung: „Natürlich wollen wir, dass der höhere Vergabemindestlohn bei den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Caterer ankommt, (…) für uns ist aber das oberste Ziel, dass die Kinder ab dem 1. August ihr Schulessen bekommen und zwar in höherer Qualität – und dass gewährleistet die Ausschreibung bereits." (zitiert nach Berliner Tagesspiegel vom 4.2.2020).

mithin holprig und spiegelt die Nachrangigkeit dieses Ziels zumindest in Teilen der Verwaltung wider.

Dennoch markieren diese Entscheidungen zur Erhöhung und Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohnes auch für die Schulverpflegung eine Wende: Erstens weil der Stadtstaat wie auch andere Bundesländer mit diesen hohen vergabespezifischen Löhnen einen Weg einschlagen, der für Niedriglohnbranchen eine ernstzunehmende zweite Arena der Lohnsetzung eröffnet (s. Kap. 4); zweitens, weil es der Gewerkschaft hier erstmals wenigstens ansatzweise gelingt, vorhandene narrative Ressourcen und neue Netzwerke für ihre Zwecke zu mobilisieren. Eine wichtige Weichenstellung dafür ist, dass das Thema der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe seit langem einen vergleichsweise hohen Stellenwert in der Politik des Stadtstaates genießt – zu erinnern ist hier an die bereits ausführlicher beschriebene Vorreiterrolle bei Tariftreueregelungen und Vergabemindestlöhnen.[12] Dies übersetzt sich wie gesehen nicht automatisch in eine entsprechende Vergabepraxis, erlaubt aber, das Verwaltungshandeln an dem im Koalitionsvertrag von 2016 explizit formulierten Anspruch „öffentliches Geld nur für gute Arbeit"[13] zu messen und erleichtert eine Skandalisierung gegenteiliger Praktiken. Zudem bieten sich mit der Vielzahl an zivilgesellschaftlichen Initiativen und Organisationen, die sich im Laufe der Zeit zum Thema der fairen Vergabe lokal herausgebildet haben, Koalitionspartner für die Gewerkschaften an.

Diese Mobilisierung neuartiger Ressourcen soll daher hier noch etwas näher beleuchtet werden. Ein bemerkenswerter Unterschied zur Situation im Jahr 2017 ist nämlich, dass diese Entscheidung keine bloße verwaltungstechnische Angelegenheit bleibt, von der Öffentlichkeit unbemerkt und von den beteiligten Akteuren lediglich zur Kenntnis genommen, sondern eine presseöffentliche Skandalisierung und damit Politisierung nach sich zieht. Kurz nach der Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen greift die Presse dieses Thema breit auf, was auch durch entsprechende Stellungnahmen von DGB und NGG, sowie vom Verband der Schulcaterer befeuert wird. Das Problem betrifft nicht nur Ausschreibungen in der Schulverpflegung, sondern auch in anderen Bereichen, etwa Trockenbau oder Wachschutz. In der Folge kommt es zu einer erneuten Verhandlung in der Senatsverwaltung darüber, auf welche Weise man sicherstellen kann, dass die Lohnsteigerungen auch bei den Beschäftigten ankommen. Im Ergebnis stellt

[12] 1999 wurde in Berlin das bundesweit erstes Tariftreue-Gesetz verabschiedet, 2008 der erste Vergabemindestlohn von zunächst 7,50 € eingeführt (s. ausführlich Kap. 4).

[13] *Berlin gemeinsam gestalten. Solidarisch. Nachhaltig. Weltoffen.* Koalitionsvereinbarung zwischen SPD Berlin., DIE LINKE Berlin & BÜNDNIS 90-DIE GRÜNEN Berlin für die Legislaturperiode 2016–2021, S. 58.

die Senatsverwaltung den ausschreibenden Bezirken nachträglich eine „Kalkulationsvorgabe“ zur Verfügung, die Caterer ihrem Angebot beilegen sollen, um zu dokumentieren, dass es auf der Basis des neuen Vergabemindestlohns kalkuliert ist. Weil die Ausschreibung bereits läuft, ist diese Kalkulationsvorgabe allerdings „rechtlich nicht absolut verbindlich“, wie ein Sprecher der Senatsverwaltung für Bildung einräumt.[14] Für zahlreiche der im Jahr 2020 geschlossenen Verträge bleibt es daher dabei, dass die Anwendung externer Lohnvorgaben nicht gesichert ist – umso mehr, als sowohl Unternehmen wie auch Gewerkschaft und der befragte Betriebsrat eines Großunternehmens die zugleich beschlossene Preiserhöhung als unzureichend bewerten, um die Lohnerhöhung daraus faktisch zu refinanzieren. Ein Ergebnis der öffentlichen Skandalisierung ist aber nach Angaben der NGG, dass manche Bezirke ihre Ausschreibung zurückgezogen haben und somit auf Basis des nunmehr verbindlich erhöhten Vergabemindestlohnes neu ausgeschrieben werden können.

Darüber hinaus ist die Gewerkschaft NGG anders als einige Jahre zuvor mittlerweile zu den Schulen der Stadt und anderen Akteuren hin etwas besser vernetzt, auch infolge entsprechender Unterstützung durch den DGB Berlin-Brandenburg. Neben Stellungnahmen zum Berliner Vergabegesetz allgemein hatte sich der DGB bereits früh auch mit eigenen Stellungnahmen zum Thema guter Arbeitsbedingungen in der Schulverpflegung eingebracht (u. a. DGB Berlin-Brandenburg 2013). Der zuständige Gewerkschaftssekretär der NGG war zudem seit 2017 auf mehreren vom DGB mitveranstalteten Tagungen aktiv vertreten, die die Vergabe von Schulverpflegungsleistungen oder allgemeiner das Thema ‚Faire Vergabe‘ zum Thema hatten. Ein erster Versuch, gemeinsam mit dem DGB auch Schulen für das Thema der Arbeitsbedingungen in der Schulverpflegung zu sensibilisieren, war nach der Neuordnung der Vergabe in der Schulverpflegung noch weitgehend erfolglos geblieben.[15] Dies hat sich rund um die jüngste Novellierung des Berliner Vergabegesetzes im Jahr 2019 etwas geändert, insofern es nun einen Austausch mit der Schwestergewerkschaft GEW dazu gibt,

[14] zitiert nach Berliner Morgenpost vom 18.2.2020, https://www.morgenpost.de/berlin/article228465981/Schulessen-Kalkulationsvorgabe-soll-Caterer-an-Mindestlohn-binden.html

[15] Die NGG schrieb mit dem DGB zu diesem Zweck gemeinsam alle Schuldirektor*innen der Stadt an, um sie zu bitten, auf die Arbeitsbedingungen in den Ausgabeküchen vor Ort zu achten; erhielt hier aber aber nach Auskunft des interviewten NGG-Sekretärs so gut wie keine Rückmeldung.

bei der im Schwerpunkt die Lehrer*innen und Schulleitungen organisiert sind.[16] Dass das Thema für die Lehrerschaft bzw. die GEW wichtig geworden ist, hängt indes auch mit der unzureichenden räumlichen und technischen Ausstattung der Schulmensen zusammen, die im Zuge der Einführung des kostenlosen Essens im Sommer 2019 nun noch deutlicher als zuvor zutage treten (Anstieg der Essensteilnehmer*innen). Zudem haben die DGB-Region Berlin-Brandenburg gemeinsam mit NGG und der GEW die Stärkung der Tarifbindung bei der Schulverpflegung als Kernthema ihrer Aktivitäten im Rahmen der bundesweit vom DGB initiierten Kampagne „Zukunftsdialog-Aktivitäten TARIF.GERECHT.FÜR ALLE" vorgestellt und ihre Forderungen auf dem SPD-Landesparteitag im Herbst den Delegierten, einschließlich der Schulsenatorin, mit auf den Weg gegeben.[17]

Zudem profitiert die Gewerkschaft zum aktuellen Rand hin von einem sich verdichtenden Netzwerk von weiteren gesellschaftlichen Akteuren, die sich für das Thema der ‚fairen Vergabe' auch im Bereich der Schulverpflegung engagieren. So trug zur öffentlichen Thematisierung der Arbeitsbedingungen in der Schulverpflegung und einer Vernetzung der verschiedenen Akteure im Untersuchungszeitraum auch ein Projekt im Auftrag der Senatsverwaltung Integration, Arbeit und Soziales (SenIAS) bei, das dazu einen Bericht veröffentlichte (SenIAS 2017a) sowie eine Tagung organisierte (SenIAS 2017b), an der die Gewerkschaft NGG, der Verband der Schulcaterer VBBSC, die regionale VNS und weitere Akteure aus Politik und Verwaltung teilnahmen. Darüber hinaus hatte sich bereits 2007 ein Bündnis (FairGabe-Bündnis Berlin) gegründet, in dem neben mehreren entwicklungspolitischen Organisationen (u. a. Christliche Initiative Romero (CIR); WEED e. V.) und umweltpolitischen Verbänden auch der regionale DGB vertreten ist. Das Bündnis setzt sich mit Pressemitteilungen, Briefen an Politik und Verwaltung, Veranstaltungen (u. a. Podiumsdiskussionen mit Zuständigen aus Politik und Verwaltung) und gemeinsamen Stellungnahmen für eine Stärkung sozialer und ökologischer Kriterien in der Vergabepolitik der Stadt ein, in jüngster Zeit auch teilweise gezielt bezogen auf die Schulverpflegung' (CIR 2019).[18] Die Kernforderungen des Bündnisses zur Reform des Landes-Vergabegesetzes im Jahr 2019 beziehen sich zwar auf fair gehandelte *Produkte*

[16] So war der Gewerkschaftssekretär der NGG auf der Landesdelegiertenkonferenz der GEW im Herbst 2019 eingeladen und konnte dort Lehrer*innen und Schulleitungen um Unterstützung für Aktionen zur Information von Beschäftigten in den Ausgabeküchen der Schulen über den neuen Vergabemindestlohn bitten.

[17] *„Reden wir über … Tarifbindung beim Schulessen",* DGB Berlin-Brandenburg, 28.10.2019. https://berlin.dgb.de/themen/++co++0b78add2-f958-11e9-8d19-52540088cada

[18] Siehe dazu die Chronik der gemeinsame Aktivitäten des FAIRGabe-Bündnisses unter https://www.fairgabe.berlin/fairgabebuendnis/chronik/

und ökologische Kriterien. Jedoch enthält der Forderungskatalog auf der Webseite auch einen Absatz zu Tariftreue und Mindestlohn und fordert, dass der Vergabemindestlohn zukünftig dynamisch an die Höhe der untersten Entgelt-Gruppe im Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst gekoppelt wird.[19] In einem anderen Positionspapier wird zudem in Ergänzung zur Novelle des Vergabegesetztes die Einrichtung einer Kompetenzstelle gefordert, die „eine zielgerichtete Unterstützung und Beratung öffentlicher Auftraggeber in der praktischen Umsetzung einer nachhaltigen Beschaffung" leisten soll, unter anderem auch durch „Information über Tarifregelungen und sonstige beachtliche Sozialstandards im Geltungsbereich des [Landesvergabegesetzes]" (FairGabe-Bündnis Berlin 2019).

Nicht nur der eigeninitiative Versuch der Gewerkschaft, auf die Erstellung der Musterunterlagen Einfluss zu nehmen, ist also eine neue Strategie, die ihre Lernprozesse im Vergleich zur vorherigen Ausschreibungsrunde unter Beweis stellt. Auch die Vernetzung mit anderen Akteuren hat sich auf dem Weg zur aktuellen Ausschreibungsrunde weiterentwickelt, sowohl durch eigenes Zutun als auch durch die vermehrten Aktivitäten anderer Akteure. Wenngleich der Schulterschluss zwischen Gewerkschaften und anderen Akteuren punktuell bleibt und in seiner Wirkung vermutlich nicht überschätzt werden sollte, dürfte die Einarbeitung gewerkschaftlicher Positionen in den Forderungskatalog eines breiteren gesellschaftlichen Bündnisses mit dazu beigetragen haben, diesen Forderungen höhere Legitimität und Sichtbarkeit zu verleihen. Wie die Prozesse rund um die Einführung des höheren Vergabemindestlohns verdeutlichen, ist die Berücksichtigung dieser Belange selbst in einer rot-rot-grün geführten Verwaltung keine Selbstverständlichkeit.

9.3.2 Sicherheitsdienstleistungen: Anwendung externer Lohnstandards mit ‚Mut zum Risiko'

Die Situation in den vier Fallstudien zur Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen unterscheidet sich von der Schulverpflegung bereits dadurch, dass in drei der vier Fallstudien-Kommunen (A-BURG, C-FURT und D-BRÜCK) der regionale Branchentarif allgemeinverbindliche Gültigkeit nach § 5 Tarifvertragsgesetz besitzt – also die branchentypische hohe Tarifbindung aufweisen. Entsprechend werden die Auftragnehmer in den Ausschreibungsunterlagen zur Einhaltung des Tarifs verpflichtet. In E-HAUSEN sind weder die Entgelt-, noch Manteltarifbestimmungen, die die sonstigen Arbeitsbedingungen und Lohnzuschläge

---

[19] https://www.fairgabe.berlin/fairgabebuendnis/forderungen/.

regeln, zum Untersuchungszeitpunkt allgemeinverbindlich. In den Kommunen A-BURG und C-FURT haben hingegen beide Tarifwerke (zumindest in Teilen) Allgemeinverbindlichkeit, während dies in D-BRÜCK nur auf den Entgelttarif zutrifft.

Mit diesen tarifpolitischen Gegebenheiten gehen die Kommunen im Rahmen der in den Vergabeunterlagen getroffenen Formulierungen allerdings unterschiedlich um. Zum Teil schränken sie damit das Wirkungspotential der vorhandenen Regelungen ein, zum Teil erweitern sie es aber auch. Die Unterschiede betreffen zum einen die Präzision der Verweise:

- In C-FURT wird lediglich recht allgemein auf die Pflicht zur Einhaltung der „jeweils geltenden Bestimmungen des Tarifvertrags für das Wach- und Sicherheitsgewerbe" (C-FURT) verwiesen. Während es dort den Bietern überlassen bleibt, sich präzisere Informationen zu tariflichen Regelungen zu beschaffen – etwa darüber, ob sich die Tariftreue auch auf Lohnzulagen bezieht – treffen D-BRÜCK und A-BURG eindeutigere Bestimmungen.
- In D-BRÜCK sind die „für allgemeinverbindlich erklärten Regelungen des Entgelttarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen (…) zu beachten und umzusetzen".
- Noch unmissverständlicher und den tarifrechtlichen Rahmen ausschöpfend sind die Bestimmungen in A-BURG, in deren Tarifregion sowohl Bestimmungen des Entgelt- als auch des Manteltarifvertrags allgemeinverbindlich sind. So ist der Stundenverrechnungssatz dort sowohl auf Basis des tariflichen Grundlohnes, inklusive der Zulage für den Einsatz in Flüchtlingsunterkünften, als auch unter Berücksichtigung der „Höhe des Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschlags (…) nach dem gültigen Manteltarifvertrag" zu kalkulieren.

Nach Einschätzung des zuständigen ver.di-Landesverbands stellt diese Marktkenntnis in A-BURG eher die Ausnahme dar; viele Auftraggeber würden den Branchentarif zum Teil anders interpretieren und die Zulagen nicht berücksichtigen. Dass manche Unternehmen mit dem Verweis auf die ausbleibende Refinanzierung ihren Beschäftigten folglich nicht den vollen Lohn zahlen, sei im Zuge von Rechtsstreitigkeiten gelegentlich aufgetreten. Ver.di hat die vollständige Lohnzahlung in solchen Fällen jedoch bereits mehrfach erfolgreich von den Unternehmen eingeklagt, wie Vertreter der beiden zuständigen Ver.di-Landesverbände für A-BURG und C-FURT berichten.

Deutlich wird an diesem Beispiel die Verschränkung von traditioneller Arena und neuem Experimentierraum: Die Wirksamkeit der Tarifnormen hängt auch von Willen und Fähigkeit der auftraggebenden Stellen ab, diese in präzise Auflagen

in den Vergabeunterlagen und Verträgen zu übersetzen und dadurch Interpretationsspielräume bzw. bewusste Umgehungsstrategien der beauftragten Firmen auszubremsen. Wo eine solche Präzisierung unterbleibt oder wo selbst das nicht ausreicht, hängt es von den Beschäftigten, also der Mitgliedsbasis der Gewerkschaft und deren Willen und Fähigkeiten ab, die institutionellen Ressourcen (hier: Einklagung von Lohnansprüchen über Gewerkschaft und Rechtsweg) zu mobilisieren.

Neben den mehr oder wenigen präzisen Vorgaben zur Berücksichtigung der extern gesetzten obligatorischen Lohnstandards, die die *deklaratorische* Tariftreue mit Leben füllen, unterscheiden sich die Kommunen aber auch in Bezug auf die Einforderung darüberhinausgehender, nicht-allgemeinverbindlicher Tarifnormen, also die *konstitutive* Tariftreue. Seit dem Rüffert-Urteil gilt dies als Verstoß gegen das europäische Vergaberecht. In zwei Kommunen (E-HAUSEN und A-BURG) gehen die Vergabeverantwortlichen hier dennoch Risiken ein, insofern sie Vorgaben zur Entlohnung machen, die sich auch auf **nicht**-allgemeinverbindliche Tarifverträge oder nicht-allgemeinverbindliche Bestandteile des Branchentarifs beziehen.

- Dass solche Vorgaben vergaberechtlich heikel sind, wird in E-HAUSEN reflektiert, wenn auch erst auf Nachfrage. Zwar äußert sich die Vergabestelle sehr skeptisch gegenüber Lohnvorgaben auf Basis nicht-allgemeinverbindlicher Tarifverträge. Dennoch entschied sich das Fachamt, die Verpflichtung auf den zum Untersuchungszeitpunkt nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrag in den Vergabeunterlagen beizubehalten. Bislang sei auch „Gott sei Dank“ jedes Angebot auf Basis des Tariflohns kalkuliert worden; die Ausschreibungsunterlagen fordern die Bieter explizit dazu auf (Fachamt, E-HAUSEN). Biete jedoch ein Unternehmen einen Preis auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns an, müsse dieses billigere Angebot rechtmäßig ausgewählt werden.
- Auch in A-BURG werden im Zweifel die nicht-allgemeinverbindlichen Bestandteile eines Tarifvertrags verteidigt. Rückendeckung hierfür komme vom Stadtrat, der viel Verständnis für Niedriglohnbezieher*innen angesichts der vergleichsweise hohen Lebenshaltungskosten in A-BURG aufbringe. Man wolle, so der Vertreter der Vergabestelle, zwar den „billigsten, machbaren Preis“, sich aber insofern von anderen Städten absetzen, als Tariflöhne gewährleistet sein müssten.[20] Und noch in einer weiteren Frage schert A-BURG aus, wenn auch eher aus Unkenntnis der Rechtslage, nämlich im Umgang

[20] Vom zuständigen BDSW-Landesverband wird diese, nach dessen Kenntnis seltene, Vorgabe von ‚echter‘ Tariftreue interessiert beobachtet, auch wenn ihm mit Blick auf die strittige

mit Unternehmen aus benachbarten Tarifregionen mit teils deutlich niedrigeren Lohnstandards. In vielen Tarifregionen, so auch in dieser, gilt das Erfüllungsortprinzip nicht; in diesem Fall sind Unternehmen aus benachbarten Tarifregionen nicht an den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag am Erfüllungsort der Dienstleistung gebunden (siehe auch Noch 2018). Nach Einschätzung des örtlichen BDSW für das Bundesland, in dem A-BURG liegt, werden schätzungsweise 4 von 10 Aufträge an Unternehmen aus dem günstigeren Umland vergeben. Der Vertreter der Vergabestelle geht hier jedoch irrigerweise von der Geltung des Erfüllungsortprinzips aus und prüft alle Angebote auf Einhaltung des eigenen regionalen Tarifs.

Neben den skizzierten Maßnahmen zu *deklaratorischer* und *konstitutiver* Tariftreue betreiben einige Kommunen zudem eine Art *indirekte Tarifpolitik* in Eigenregie, indem sie Anreize zugunsten des Einsatzes höher qualifizierten du damit auch höher entlohnten Personals setzen. Der Sicherheitsdienstleistungs-Markt hält mit den erst in jüngerer Zeit vereinzelt gestiegenen Anforderungen allerdings bislang kaum Schritt. Es mangelt nach Darstellung unserer Gesprächspartner*innen nicht nur an Fachkräften mit Ausbildungsabschlüssen, sondern bereits an sachkundezertifiziertem Personal – nicht zuletzt aufgrund hoher Durchfallquoten bei entsprechenden Prüfungen (Hirschmann 2016, S. 174).

- In A-BURG beschäftigen sich die Vergabeverantwortlichen intensiv mit dem Fachkräftemangel und versuchen dabei auch, auf die Tarifpolitik in der Branche einzuwirken. So war in den Gesprächen mit Fachamt und Vergabestelle eines der dominierenden Themen, wie es gelingen kann, die Sachkunde als Mindestqualifikation durchzusetzen. Ein Hebel wird in der Tarifstruktur des Sicherheitsgewerbes ausgemacht, weswegen schon häufiger an die Sozialpartner appelliert worden sei, das Tarifgitter an unterschiedliche Qualifikationsniveaus anzupassen. Zwischen Tätigkeiten, die die einfache Unterrichtung nach § 34a GewO erfordern und den bereits tarifierten Ausbildungsberufen sei die Spanne zu groß; mindestens die Sachkunde müsse dazwischen aufgenommen und höher bewertet werden, um einen Anreiz für Qualifizierung zu schaffen. Diese Forderung trifft jedoch bei den Verbänden offenbar nicht auf Unterstützung. Der interviewte Vertreter von ver.di hält dies für das falsche Signal, da der Unterschied zwischen Sachkundeprüfung und normaler Unterrichtung im Hinblick auf die vermittelten Kenntnisse gering sei;

Rechtslage Zweifel bleiben, ob außertarifliche Mitstreiter mit folglich günstigeren Angeboten wirklich vom Verfahren ausgeschlossen würden.

vielmehr sollte es aus seiner Sicht darum gehen, die bestehenden zwei- und dreijährigen Ausbildungsabschlüsse in der Branche (‚Servicekraft für Schutz und Sicherheit'; 'Fachkraft für Schutz und Sicherheit') einzufordern, für die bereits höhere tarifliche Lohngruppen bestehen. Den Lohnabstand hält die Vergabestelle wiederum für zu hoch und schätzt die Bereitschaft der Stadt, diese Mehrkosten zu finanzieren, gering ein.

- In D-BRÜCK werden über die Bewertungskriterien Anreize zugunsten des Einsatzes von qualifiziertem Personal gemacht: Mit 30 % wird die Qualität des Angebots gewichtet, und ihre Bewertung bemisst sich dabei an der Anzahl der im Angebot vorgesehenen qualifizierten Kräfte. Für die jeweiligen Qualifikationsstufen, die für den Auftrag gefordert werden, gibt die Kommune den Bietern dabei eine Kalkulationsgrundlage vor, die direkt auf die jeweilige tarifliche Entgeltgruppe verweist. Eine gute Benotung der Qualität ist insofern in der Regel nur durch einen deutlichen Preisaufschlag zu erzielen, was angesichts der immer noch dominanten Gewichtung des Preises mit 70 % das Risiko birgt, in der Gesamtbewertung hinter preislich günstigeren Angeboten zurückzubleiben. Hier kommt es also entscheidend wieder auf die genaue Wertungsarithmetik,[21] wie auch das Verhalten der Wettbewerber an, ob sich der Einsatz höher qualifizierten und besser bezahlten Personals lohnt – ein für die Unternehmen schwer zu kalkulierendes Risiko.

Ein noch grundlegenderer Einwand betrifft den Fachkräftemangel in der Branche. Der Geschäftsführer eines beauftragten BDSW-Unternehmens in D-BRÜCK vermutet im Interview, dass die Strategie, den Anteil höherer Qualifikationen zum Wettbewerbsfaktor zu machen, zwar gut gemeint, aber insgesamt nicht tragfähig sei. Sie führe nur dazu, dass unseriöse Unternehmen falsche Angaben machen und seriöse, insbesondere klein- und mittelständische Unternehmen sich mangels vorhandener bzw. kurzfristig rekrutierbarer Fachkräfte nicht mehr am Verfahren beteiligen. Diese Entwicklung sei Teil der vom Bundesverband des BDSW selbst initiierten Qualitätsoffensive, um den Markt zugunsten der großen Mitgliedsunternehmen zu bereinigen – eine Strategie, die bei diesem mittelgroßen BDSW-Unternehmen auf Skepsis stößt.

Zusammenfassend wird an diesen Beispielen deutlich, dass in diesem neuen Experimentierraum verschiedene lohnpolitische Maßnahmen ergriffen werden, die die Wirksamkeit von Tarifnormen erhöhen oder verringern können; wobei

[21] Damit sind Methoden gemeint, wie die beobachteten Qualitätsunterschiede in Unterschiede bei den Leistungspunkten übersetzt werden – und mit welcher Methode diese Leistungspunkte dann wieder zum Preis ins Verhältnis gesetzt werden (Gewichtete Richtwertmethode; Referenzwertmethode); ausführlich dazu Ferber 2015.

durchaus kontroverse Einschätzungen zum Nutzen einzelner Maßnahmen aufeinandertreffen. Hier von Aushandlungen zu sprechen, ginge an der Realität vorbei; es kennzeichnet aber die in dieser Hinsicht besonders engagierte A-BURG, dass hier jedenfalls punktuell zu einem Austausch zwischen Verwaltung und Verbänden über solche unterschiedlichen Einschätzungen kommt. Deutlich wird zudem, wie stark selbst die ‚nur' deklaratorische Tariftreue von entsprechenden Detailkenntnissen und Umsetzungswillen des Vergabepersonals abhängt, um zur Geltung zu kommen.

9.4 Vergabepraktiken, Aushandlungs- und Lernprozesse zu angemessenen Preisen

Neben der direkten Bezugnahme auf Tarifstandards oder andere extern gesetzte Lohnstandards können diese auch auf indirekte Weise im Vergabeverfahren Berücksichtigung finden. Denn öffentliche Auftraggeber müssen bereits bei der Schätzung des Auftragswertes, bei der Prüfung der Angebote gemäß § 60 VgV (ungewöhnlich niedrige Angebote) und erst recht bei der Vorgabe von Maximalpreisen oder Preiskorridoren einen Maßstab entwickeln, was ein angemessener Preis ist. Dabei stellt sich die Frage, welche Parameter sie dabei einschließen. Gerade im Bereich personenintensiver Dienstleistungen wie dem Schulcatering und den Sicherheitsdienstleistungen fallen die Personalkosten stark ins Gewicht, die Lohnkosten sind daher hier ein wichtiger Parameter. Implizit oder explizit müssen Vergabestellen also Annahmen zur Höhe der Löhne und Lohnnebenkosten bei ihrer Ermittlung angemessener Preise treffen.

Die Vergabestellen in den beiden hier betrachteten Branchen unterscheiden sich dabei jedoch deutlich darin, inwieweit sie zur Lohnhöhe Informationen einholen und explizit abwägen, und inwieweit sie sich dabei auf Vergütungsnormen wie Tariflöhne stützen. Neben der Preishöhe zu Vertragsbeginn ist auch die Verankerung von Preisgleitklauseln über die Dauer der Vertragslaufzeit eine Stellschraube: Damit können Verwaltungen es Unternehmen erleichtern, gestiegene Kosten infolge von Tariflohnsteigerungen bzw. anderen externen Lohnstandards an den Auftraggeber weiterzureichen. Auch mit diesen preispolitischen Entscheidungen können Vergabestellen es mithin auf indirekte Weise Unternehmen erleichtern oder erschweren, sich an Tarifverträge oder andere Lohnstandards zu binden, diese im eigenen Betrieb korrekt anzuwenden und nicht durch Abstriche bei anderen Arbeitsbedingungen gegenzufinanzieren.

Zum Teil mischen sich dabei auch Vertreter*innen von Unternehmen und Beschäftigten sowie weitere verwaltungsexterne Akteure in diese preispolitischen Entscheidungen ein. Im Falle des Schulcaterings geschieht dies in erster Linie rund um die Festlegung des Essenspreises, den die Eltern zu entrichten haben; bei den Sicherheitsdienstleistungen sind die Stundenverrechnungssätze die Stellschraube. Auch hier gilt: Diese Versuche der Mitgestaltung sind deutlich weniger ausgeprägt als in Branchen, die auf eine lange Tradition korporatistischer Strukturen der Selbstverwaltung zurückgreifen können – wie insbesondere die Baubranche.[22] Vor allem aber schlägt sich die unterschiedlich starke Verankerung von Tarifnormen in den beiden hier betrachteten Branchen in den verschiedenen Praktiken der indirekten vergabespezifischen Lohnpolitik nieder.

9.4.1 Catering: Zwischen Erfahrungswerten, Wunschpreisen und wissenschaftlicher Expertise

Im Falle des Schulcaterings kommt eine besondere Praxis zum Tragen, die zwar nicht auf dieses Segment beschränkt, hier aber besonders verbreitet ist: In den Ausschreibungsunterlagen wird üblicherweise ein Essenspreis vorgegeben, zu dem Cateringunternehmen das Schulmittagessen anbieten sollen.[23] Der Preis muss sämtliche Kosten abdecken, einschließlich Steuern, Gewinn sowie Lohn- und Produktionskosten. Bieter müssen ihre Kalkulationen und die Ausgestaltung des Angebots an diese Preise anpassen, um überhaupt bei der Auswahl berücksichtigt zu werden; die Preisermittlung fällt bei einem solchen Verfahren also besonders stark ins Gewicht.

---

[22] Dort wirken die Tarifpartner sowohl über den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) an der Erarbeitung technischer Normen und allgemeiner Geschäftsbedingungen für öffentliche Aufträge mit, erarbeiten aber auch unabhängig davon Richtlinien zur Kalkulation von Preisen für die einzelnen Gewerke – etwa in Gestalt der ‚Arbeitzeit-Richtwerte Bau', die von den Tarifvertragsparteien gemeinsam im ‚Bundesausschuss Leistungslohn Bau' beim Zentralverband des Deutschen Baugewerbes verabschiedet werden. An diesen können sich nicht nur Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote orientieren, sondern auch öffentliche Auftraggeber bei der Preisprüfung.

[23] Dabei gibt es unterschiedliche Varianten: Verbreitet sind vor allem ein *Maximalpreis,* bei dem Bieter umso mehr Bewertungspunkte erzielen, je stärker sie diesen Preis unterschreiten; oder ein *Preiskorridor,* bei dem Bieter aufgefordert sind, weder einen Maximalpreis noch einen vorab festgesetzten Mindestpreis zu unterschreiten. Die Ausnahme stellt hingegen das bereits in Kap. 8 beschrieben Festpreisverfahren in Berlin dar, bei dem Bieter das Essen zu genau diesem Preis anzubieten haben.

Neben der Höhe des Preises ist dabei auch entscheidend, welche Kosten dieser Preis genau abdecken soll. In unterschiedlichem Umfang subventionieren Kommunen den Essenspreis nämlich indirekt, etwa in Form einer Übernahme der Investitions- und Betriebskosten für die Ausgabeküchen. Auch diese indirekten Subventionen zählen mithin zu den preispolitischen Entscheidungen, mit denen Kommunen den Preisdruck auf Unternehmen erhöhen oder senken können. Zum Portfolio preispolitischer Entscheidungen gehören schließlich auch direkte Preissubventionen, also kommunale Essenszuschüsse an alle oder einen Teil der Schüler*innen, auch über die Leistungen des Bildungs- und Teilhabepaketes (für Schüler*innen aus Haushalten im Bezug von bedürftigkeitsgeprüften Sozialleistungen). Diese Zuschüsse können nicht nur den Druck zur Absenkung des vorgegebenen Preises auf ein möglichst niedriges, sozialverträgliches Niveau mildern, sondern auch dazu führen, dass anteilig mehr Schüler*innen am Mittagessen teilnehmen. Für die Caterer bedeutet dies aufgrund des Skaleneffektes bei gleichbleibendem Preis in der Tendenz eine bessere Ertragslage.

In zwei der untersuchten Kommunen (D-BRÜCK, BERLIN) sind einige dieser preisbezogenen Gestaltungsfaktoren keine rein ‚preis*technischen*', von der Vergabeverwaltung getroffenen Entscheidungen, sondern haben sich zu einem Politikum entwickelt. Es lässt sich mithin durchaus von ‚preis*politischen*' Entscheidungen sprechen, an der weitere verwaltungsexterne Akteure beteiligt sind oder zumindest darauf Einfluss zu nehmen suchen. Dabei treffen unterschiedliche Ziele aufeinander, die zum Teil zusammenlaufen, zum Teil miteinander konkurrieren und in Balance gebracht werden müssen.

- Zum einen geht es um die *Sozialverträglichkeit von Essenspreisen,* die von den Eltern übernommen werden;
- zum zweiten geht es um die Frage, welcher Essenspreis erforderlich ist, um eine *gute Essensqualität* zu gewährleisten, die den Qualitätsstandards der DGE berücksichtigt und meist auch einen gewissen Bio-Anteil ermöglicht.
- Zum dritten geht es um die *Auskömmlichkeit* des Essenspreises für die Anbieter und die Gefahr eines Angebotsmangels, welches die grundlegende Aufgabe der Kommunen, die Verpflegung von Schüler*innen mit Mittagessen, gefährdet.
- Schließlich geht es, wenngleich an letzter Stelle, auch um die Frage, inwieweit der Essenspreis es auch ermöglicht, *angemessene Arbeitsbedingungen* bzw. die in den Vergabegesetzen zur Auflage gemachten Mindestlöhne zu refinanzieren.

Sowohl was die Entscheidungsprozesse anbelangt (Grad der Öffentlichkeit, Breite der Beteiligung von Akteuren), als auch was die Ergebnisse anbelangt, hebt

sich das Fallbeispiel BERLIN deutlich von den drei übrigen Fällen ab. Bevor dieser Sonderfall näher betrachtet wird, geht es im Folgenden zunächst um typische Verfahrensweisen und wiederkehrende Konflikte rund um die Ermittlung angemessener Preise und weitere preispolitische Entscheidungen. Eine wichtige Rolle kommt dabei auch externer Expertise zu, insbesondere von Seiten der regionalen Vernetzungsstellen Schulverpflegung (VNS) sowie in Form von Studien zu den Kostenstrukturen in der Schulverpflegung, die durch die Deutsche Gesellschaft für Ernährung (DGE) und das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMEL) seit 2008 in Auftrag gegeben wurden (Tecklenburg et al. 2010; zuletzt Tecklenburg et al. 2019).

Während in Branchen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen oder mit einem nennenswerten Deckungsgrad durch reguläre Tarifverträge damit zu rechnen ist, dass Bieter ihren Preis auf der Basis solcher höheren Lohnstandards kalkulieren und miteinander in Konkurrenz treten, ist dies im Cateringsegment eben nicht der Fall. Dies dürfte jedenfalls einer der Gründe sein, aus denen Verwaltungskräfte die Tariflohnentwicklung bei der Festlegung von Preisvorgaben auch weitgehend ignorieren. Stattdessen orientieren sie sich in den untersuchten Fallstudien an einer Mischung aus Erfahrungswerten und Wunschpreisen – also einem Preis, der die geschätzte oder ermittelte Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit der Eltern nicht überfordert. Als Erfahrungswerte dienen dabei die bislang gezahlten Preise in der eigenen Kommune, zum Teil auch im regionalen Umfeld.

Für letztere bieten die regionalen Vernetzungsstellen für Schulverpflegung ihre Expertise an: In mehreren der untersuchten Regionen führen sie eigene Recherchen bis hin zu Umfragen unter Schulen zu den aktuellen Essenspreisen durch und stehen mit diesem Wissen den Schulen oder Schulträgern auf Anfrage beratend zur Seite. Ihre Beratung zielt in erster Linie darauf, innerhalb des regional üblichen Preisniveaus den Schulen zu einem realistischen Abgleich mit den Wunschvorstellungen in Bezug auf die Qualität und Preis des Essens zu verhelfen. Exemplarisch illustriert dies folgende Schilderung einer regionalen Vernetzungsstelle:

> „(…) wenn wir in einer Beratung mit dabei sind, dann weisen wir natürlich auch darauf hin: ‚Okay, für 2,80 €, wenn ihr das und das haben wollt, dafür kriegt ihr es nicht‘. So, dass man da auf alle Fälle dann auch noch mal nachfragt bei den Eltern, dass teilweise auch vorher Befragungen durchgeführt wurden: ‚Wie viel würdet ihr mehr bezahlen wollen oder könnt ihr mehr bezahlen?‘ (…). Aber eigentlich ist es abhängig von dem bestehenden Preis in den meisten Fällen, (…) und dann kommen noch mal so zwanzig Cent drauf.“ (regionale VNS, D-BRÜCK)

In einer der Fallstudien-Kommunen (C-FURT) findet diese Abwägung zwischen Erfahrungswerten und Wunschpreisen verwaltungsintern statt; hier schreibt die Schulverwaltung die Preise von Ausschreibungsrunde zu Ausschreibungsrunde im Wesentlichen mit prozentualen Aufschlägen für Kostensteigerungen fort. In D-BRÜCK hingegen findet diese Abwägung im Rahmen des dort genutzten Verhandlungsverfahrens unter Beteiligung externer Akteure, insbesondere der Eltern, punktuell auch der regionalen VNS und der Bieter selbst statt. Dort war bereits im Jahr 2015 zeitgleich mit der Einführung des nationalen Mindestlohnes der Essenspreis um mehr als 50 Cent angehoben worden. Das nun von Elternvertretung und Stadt für die neue Ausschreibung bevorzugte ‚Cook-and-Chill'-Verfahren geht wegen höherer Herstellungskosten absehbar mit einer nochmaligen Preissteigerung einher. Das Ausmaß der erneuten Preissteigerung wird im Vorfeld intensiv mit den Eltern diskutiert und dabei eine „Schallmauer" (Schulamt, D-BRÜCK) von 4 € definiert. Die eingegangenen Angebote der Caterer im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs liegen dann zwar zum Teil auch über dieser ‚Schallmauer'; im Verhandlungsverfahren gelingt es jedoch, sich unterhalb dieses Maximums zu einigen, durch Abstriche bei Leistungsumfang und -qualität (u. a. durch Verzicht auf die teurere Variante einer Büffet-Ausgabe). Im Ergebnis steigt der Preis hier noch einmal um 50 Cent auf 3,75 € und bleibt damit unter der kritischen Marke, auf die man sich zuvor verständigt hat.

Trotz dieser starken Preissteigerungen innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums sind auch für diese Kommune erhebliche Zweifel angebracht, ob der Preis auskömmlich ist, oder aber den Unternehmen starke Anreize zu kostensparenden Maßnahmen setzt, die auch zulasten der Arbeitsbedingungen gehen können. Dies gilt nicht nur hier, sondern auch für die übrigen Kommunen. Zur Beurteilung der Auskömmlichkeit der Preise lassen sich verschiedene Indikatoren heranziehen. Ein – wenngleich nicht unparteiischer – Indikator sind die Einschätzungen der beauftragten Unternehmen selbst. In den Interviews mit ihnen kommen dabei verschiedene preispolitische Entscheidungen zur Sprache, die aus Sicht der Unternehmen problematisch sind und den Preisdruck erhöhen. So sind zum einen in den beiden ostdeutschen Kommunen (D-BRÜCK; E-HAUSEN) im Laufe der letzten Ausschreibungsrunde indirekte Subventionen abgebaut worden und die Investitionen in die Küchenausstattung an den Schulen ganz oder teilweise auf die Caterer übertragen worden.[24] Die Investitionskosten relativieren in diesen Fällen die Preissteigerungen und sind nach Auskunft der befragten Caterer in beiden

[24] Dass es sich in beiden Fällen um ostdeutsche Kommunen handelt, passt zu den Ergebnissen einer Umfrage unter Schulträgern, der zufolge die Beschaffung der Küchenausstattung üblicherweise in der Hand der Schulträger selbst liegt, in Ostdeutschland jedoch häufiger auf die Essensanbieter übertragen wird (Tecklenburg et al. 2019: Anhang S. 15).

Städten auch deswegen problematisch, weil sie sich über die Vertragslaufzeit von 3–4 Jahren nicht rentieren.

In C-FURT beteiligt sich die Kommune zwar in erheblichem Umfang mit indirekten Subventionen am Essenspreis, indem sie das Personal in den Ausgabeküchen stellt. Hier führen jedoch nach Erfahrungen des interviewten tarifgebundenen Unternehmens nicht zuletzt die Preisvorgaben zu einem deutlich intensiveren Preiswettbewerb als im Umland der Stadt, und dies, obwohl der Preis mit insgesamt 40 % nur relativ gering gewichtet wird. Allerdings gibt die Stadt – anders als viele Kommunen im Umland einen engen und zudem insgesamt niedrig angesetzten Preiskorridor vor. In den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen ist der Korridor maximal 20 Cent breit. Ein Angebot, das also einen um 20 Cent günstigeren Essenspreis bietet als der Maximalpreis, erhält die volle Punktzahl, und kann damit gegenüber einem Bieter, der sich eher am geringfügig höheren Maximalpreis orientiert, viele Defizite und entsprechend niedrige Punktzahlen bei den qualitativen Aspekten wettmachen. Für die Anbieter ist der Anreiz daher hoch, sich eher am unteren Preis zu orientieren; dies beherzigt auch das tarifgebundene Unternehmen:

> „Das ist natürlich klar. Wenn ich für den niedrigsten Preis acht Punkte kriege, dann gehe ich automatisch – ich gehe nicht auf acht Punkte. Das kann ich nicht. Aber ich gehe in der Regel eben auf sechs Punkte." Im Ergebnis liegen die vorgegebenen Essenspreise in der Stadt mit maximal 2,90 € um etwa 10 % unter dem, was der Unternehmensinhaber als einen „fairen Wunschpreis" bezeichnet (3,20 €), also einen Preis „da würde ich sagen, da kann ich wirklich tatsächlich eine gute Arbeit leisten mit vernünftigen Produkten ohne- weil, das ist ja immer die große Gefahr – ohne das Personal zu überfordern. Sondern, da kann ich tatsächlich eine vernünftige Arbeit leisten und auch noch alle Auflagen erfüllen, die da eben da sind." (Unternehmen SchuCat [1], C-FURT)

Dass dieser „faire Wunschpreis" eines tarifgebundenen Unternehmens kein ‚Mondpreis' mit übertriebenen Gewinnzielen ist, lässt der Abgleich mit einem zweiten Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Preise erkennen, nämlich die bereits erwähnten Studien zu den Kostenstrukturen in der Schulverpflegung. Diese wurden von der DGE und dem BMEL in Auftrag gegeben, als eine von verschiedenen Maßnahmen, die die Bundesregierung seit Mitte der 2000er Jahre infolge des Wachstums von Ganztagsschulen zur Förderung von mehr Qualität in der Mittagessensverpflegung ergriff (s. ausführlich Kap. 6.3.2). Auch hier stand und steht also in erster Linie das Ziel im Vordergrund, durch mehr Transparenz im Hinblick auf Kosten und Leistungen Schulträger bei ihren

Entscheidungsprozessen so zu unterstützen, dass diese „eine gesundheitsförderliche und kosteneffiziente Verpflegung“ in den Schulen gewährleisten können, wie es im einleitenden Grußwort der Ministerin Julia Klöckner heißt (BMEL 2019, S. 5). Mehr als Nebenprodukt, und ohne dass dies je Gegenstand einer öffentlichen Debatte war, werden dabei jedoch ungeachtet der geringen Tarifbindung in dem Segment Tariflöhne zwischen NGG und DEHOGA für die Modellkostenrechnungen verwendet.

Die wissenschaftlichen Studien (Tecklenburg et al. 2010, 2019) sowie die darauf basierenden kürzeren Handreichungen für Schulträger (DGE 2010; BMEL 2019) beschränken sich also nicht auf bloße Bestandsaufnahmen, sondern berechnen für die verschiedenen Verpflegungsarten und Schulgrößen „kalkulatorische Preise“, unter Einschluss aller tatsächlich anfallenden Kosten und unter Zugrundelegung von bestimmten normativen Setzungen zum Wareneinsatz (unter Einhaltung von DGE-Qualitätsstandards) wie auch zum Personaleinsatz (Zeitrichtwerte, Tariflöhne). Diese sollen auf allen Seiten auch das Bewusstsein dafür schärfen, dass der Verkaufspreis in den Schulen typischerweise ein „politisch gesetzter und oft auch in der Höhe gedeckelter Preis“ ist (Tecklenburg et al. 2019, S. 89), der deutlich unter den tatsächlich anfallenden Kosten liegt.

Auf Basis ihrer Umfrage zu realen Verkaufspreisen und den eigens errechneten kalkulatorischen Preisen kommt die jüngste Studie hier zu einer Differenz von durchschnittlich 2 € pro Essen bei der Fremdbewirtschaftung mit Warmverpflegung, der bislang häufigsten Verpflegungsform. Sowohl die Studie wie auch die Handreichung interpretieren dies als Beleg, dass die niedrigen Verkaufspreise in hohem Maße durch indirekte und direkte Subventionen *der Kommunen* gestützt werden. Nicht explizit thematisiert wird hingegen, dass auch Unternehmen bzw. die Beschäftigten selbst diesen Preis in gewisser Weise indirekt subventionieren, nämlich dadurch, dass die tatsächlichen Abgabepreise der Unternehmen in der Regel deutlich unterhalb der von der Studie errechneten kalkulatorischen Preise der Essensanbieter liegen – mindestens um rund 25 %, in vielen der betrachteten Fälle jedoch sogar um über 50 % (ebda., S. 87 f.). Neben Skaleneffekten und einem geringwertigeren Wareneinsatz ist eine mögliche und wahrscheinliche Erklärung für diese enormen Preisdifferenzen, dass die Unternehmen eine niedrigere Gewinnmarge als die von der Studie zugrunde gelegten 8 % haben; dass den Beschäftigten ein niedrigerer Stundenumfang für ihre Aufgaben zur Verfügung stehen, dass mehr Hilfskräfte anstelle von Fachkräften zum Einsatz kommen als von der Studie veranschlagt; und schließlich, dass die Beschäftigten eben nicht mit Tariflöhnen entlohnt werden.

Eine Mischung dieser Faktoren dürfte auch die Differenzen zwischen Verkaufspreis und kalkulatorischen Abgabepreisen in unseren Fallstudien begründen;

der Verkaufspreis liegt zwischen 18 % und 40 % unter diesem kalkulatorischen Preis (s. Tab. A-9-1 im Anhang). Legt man die in der Branche durchaus übliche Gewinnmarge von 2 % zugrunde (Tecklenburg et al. 2019, S. 89), bewegt sich demgegenüber der „faire Wunschpreis" des tarifgebundenen Unternehmens in C-FURT jedoch recht nah an dem kalkulatorischen Preis der Studie.

Zusammenfassend verdeutlichen diese Berechnungen und Einblicke in die Vergabepraxis, dass die Vorgabe von Preisen und weitere Entscheidungen der Verwaltung zu preisbezogenen Aspekten kaum auf einer expliziten Abwägung von Lohnkosten beruhen. Wo überhaupt Verhandlungen oder Gespräche zu den Verkaufspreisen unter Einschluss verwaltungsexterner Akteure stattfinden, dienen sie dem Ziel, die absehbaren Preissteigerungen infolge erwünschter Qualitätssteigerungen in Ausgleich mit der Zahlungsbereitschaft der Eltern zu bringen. Die Ergebnisse stoßen zwar vereinzelt auf Kritik von Seiten der Unternehmen. Beschwerden oder Gegenvorschläge in Gestalt eigenständiger Musterkalkulationen kommen von dieser Seite jedoch, zumindest unseren Fallstudien nach zu urteilen, so gut wie nicht. Diese Lücke füllen die wissenschaftlichen Expertisen im Auftrag von DGE und BMEL. Diese leisten auch dem eigenen Anspruch nach Aufklärungsarbeit Genüge und dienen als Korrektiv zu den üblichen Verfahren der Preisbildung in den Kommunen. Auch wenn die stärkere Verankerung von extern gesetzten Lohnstandards nicht primäre Intention dieser Expertisen ist, ist sie dennoch eine Ressource, auf die auch Interessenvertretungen von Unternehmen und Beschäftigten zur Legitimation ihrer „fairen Wunschpreise" zurückgreifen könnten. Der Sonderfall BERLIN veranschaulicht, unter welchen Voraussetzungen dies gelingt bzw. scheitert.

9.4.1.1 Sonderfall Berlin: Politisierung und rechtliche Auseinandersetzungen um einen angemessenen Preis

Der Fall BERLIN ist deswegen auch mit Bezug auf die preispolitischen Entscheidungen eine Ausnahme, weil es hier anders als in den übrigen Fallstudien-Kommunen zu einer expliziten Abwägung der Preishöhe unter Einschluss verwaltungsexterner Akteure kommt und hier auch die Lohnhöhe mitberücksichtigt wird. Dabei fließt auch wissenschaftliche Expertise zu den Kostenstrukturen in der Schulverpflegung ein. Begünstigt wird diese recht starke Politisierung des Essenspreises erneut dadurch, dass sich die Praxis der Auftragsvergabe in BERLIN allgemein zu einem Thema entwickelt hat, zu dem ein überaus breites Spektrum von Akteuren mit vergleichsweise hoher Kontinuität und unter hoher medialer Aufmerksamkeit Forderungen und Gestaltungsvorschläge eingebracht hat. Dies gilt auch für die Schulverpflegung. Neben den Parteien und den zuständigen Landesministerien (für Bildung und Wirtschaft) sind in dieser Arena der

Entscheidungsfindung der Schulcaterer-Verband VBBSC, die regionalen Gewerkschaften (NGG, DGB) sowie weitere Nichtregierungsorganisationen aktiv. Zu letzteren gehören vor allem der Landeselternrat (LEA), die Vernetzungsstelle Schulverpflegung (VNS), die 2003 von Elternvertreter*innen bundesweit als erste ihrer Art ins Leben gerufen wurde.

Die Höhe des Essenspreises ist dabei ein Politikum, das die Akteure seit 2011 beschäftigt, und bei dem es zum Teil deutliche Interessenüberschneidungen zwischen diesen verschiedenen Akteuren gibt. Auslöser für die ‚Politisierung' des Essenspreises war im Jahr 2011 eine Ausschreibung, bei der ein Berliner Bezirk einen Maximalpreis von 2,10 € vorgab. Diese Ausschreibung wurde presseöffentlich von einigen großen Catering-Unternehmen boykottiert. Dies mündete in die Gründung des Verbandes Berliner und Brandenburger Schulcaterer (VBBSC).[25] Dieser Boykott gab neben einer bereits seit längerem „schwelenden" (Senatsverwaltung BJF, Berlin) Unzufriedenheit der Eltern mit der Essensqualität der Stadt Anlass, eine eigene Studie zu den Preisstrukturen in der lokalen Schulverpflegung bei den Autorinnen in Auftrag zu geben, die bereits die bundesweite Studie im Auftrag von DGE und BMEL erstellt hatten (Arens-Azevedo und Tecklenburg 2012). Auch dabei wurden für die Kalkulation der Personalkosten die „durchschnittlichen Tariflöhne" für das Berliner Hotel- und Gaststättengewerbe der Jahre 2010/2011[26] zugrunde gelegt. Zugleich legte die Kalkulation deutlich höhere Wareneinstandskosten gemäß den Qualitätsstandards der DGE zugrunde.

Auf dieser Grundlage entschied sich die Stadt zur bereits beschriebenen grundlegenden Neuordnung des Vergabeverfahrens unter Vorgabe eines Festpreises, der zumindest im Grundschulbereich mit 3,25 € nahezu exakt dem damals empfohlenen bzw. kalkulatorisch ermittelten auskömmlichen Preis entsprach. Trotz einer damit verbundenen deutlichen Anhebung der Elternbeiträge (von 23 € auf 37 €) fand diese Erhöhung des Essenspreises auch die Zustimmung des Landeselternausschusses (LEA). Dabei dürfte auch eine Rolle gespielt haben, dass der Essenspreis von Seiten der Stadt mit 30 % subventioniert wurde; der Eigenanteil der Eltern also mit rechnerisch rund 2,28 € pro Essen immer noch niedriger lag als andernorts. Zudem wurde zugleich eine Stelle zur Qualitätskontrolle des Essens verankert (mit drei angestellten Ernährungsberater*innen), die die Essensqualität stichprobenhaft überprüft; auch das nach Auskunft des Vertreteres der Bildungsbehörde im Interview mit dem Ziel, die Zustimmung der Elternvertretungen zu sichern.

[25] *Berliner Caterer sehen rot*. GV-Praxis Nr. 2/2012, S. 8–9.

[26] Stundenlöhne für Hilfskraft: 8.57 €, Fachkraft: 10,90 € (Arens-Azevedo und Tecklenburg 2012, A4).

Dieser Tausch – höherer Essenspreis gegen höhere Dienstleistungsqualität – wäre natürlich auch denkbar gewesen, ohne zugleich auch höhere Löhne bei den Produzenten in das Paket aufzunehmen. Tatsächlich bildete sich aber im Vorwege der Entscheidung zumindest eine punktuelle Interessenkoalition zwischen Elternschaft (vertreten durch LEA und VNS) und Gewerkschaft, die die Paketlösung begünstigte, wie beide Seiten im Interview berichten.[27] Die Unterstützung von LEA und der regionalen VNS war dabei insofern wichtig, als diese über den Facharbeitskreis bei der Senatsverwaltung BJF auch fest in die formale Entscheidungsfindung rund um die Erstellung der Musterausschreibungsunterlagen eingebunden waren, anders als die Gewerkschaft und VBBSS. Das Ergebnis entsprach so einem breit getragenen Konsens. Auch die im VBBSC zusammengeschlossenen Catering-Unternehmen bewerteten den Festpreis laut Auskunft des interviewten Vertreters bei seiner Einführung als auskömmlich und begrüßten die Deckelung des Preises nach unten.

Der Fall BERLIN ist allerdings nicht nur ein Beispiel für einen Interessenausgleich, der die Interessen aller beteiligten Parteien, sowohl auf Seiten der Konsumenten wie auch auf Seiten der Produzenten, berücksichtigt. Vielmehr ist er auch ein Beispiel dafür, wie der Effekt einer solchen Konsensbildung verpuffen kann, durch ein Zusammenspiel aus mehreren Ursachen:

- Zum einen findet dieser Konsens keine Entsprechung in den traditionellen Arenen des Interessenausgleichs: Die Cateringunternehmen nehmen diese Preiserhöhung in den Folgejahren nicht zum Anlass, dem Arbeitgeberverband (DEHOGA) beizutreten und sich selbst damit an Tariflöhne zu binden; entsprechende Aufforderungen von Seiten der NGG bleiben ohne Wirkung, wie der NGG-Vertreter im Interview berichtet. Trotz einer Interessenüberschneidung beim Punkt Essenspreis gab es zudem keinen Austausch und kein koordiniertes Vorgehen zwischen Gewerkschaft und Cateringunternehmen; dies bestätigt auch der VBBSC im Interview. Stattdessen habe man sich bemüht, mit Pressearbeit und im direkten Kontakt mit Landeselternvertretung und politischer Ebene (Senat) die Interessen der Mitgliedsunternehmen geltend zu machen.

[27] So gab es im Vorfeld des Prozesses zur Neugestaltung der Vergabe von Schulverpflegungsleistungen im Jahr 2012/13 einen Informationsaustausch zwischen LEA und DGB sowie NGG, bei dem die schlechten Arbeitsbedingungen in der Schulverpflegung Thema waren. Berichtet wurde hier über Stundenlöhne von zum Teil unter 6 € unter Umgehung des damals geltenden vergabespezifischen Mindestlohns von 7,50 €. Dies diente dem LEA nach eigenen Angaben auch als zusätzliche Argumentationsgrundlage, um die Einführung eines Festpreises bzw. die Notwendigkeit höherer Preise zu rechtfertigen.

Aus Sicht des interviewten NGG-Vertreters blieb damit die Chance ungenutzt, mit Unterstützung der NGG tarifliche Strukturen für den Bereich der Schulverpflegung einzuziehen und dadurch auch eine bessere Verhandlungsposition gegenüber der Politik aufzubauen. Die fehlende Tarifbindung dürfte ein Teil der Erklärung sein, warum in den Folgejahren eine tarifliche Entlohnung des Personals als Orientierungsmarke auch für die Verwaltung an Bedeutung verliert.

- Zudem trägt zur nachlassenden Bindungskraft des Konsenses eine Besonderheit des Berliner Verfahrens bei, die als handwerklicher Fehler zu bezeichnen ist und die die Zurückhaltung der Schulcaterer in punkto Tarifbindung wenigstens partiell auch erklären mag: Der Festpreis wurde *per Gesetz* festgelegt, dabei jedoch versäumt, ein Verfahren zur Anpassung des Festpreises an steigende Personal-, Energie- und Lebensmittelkosten vorzusehen. Preisanpassungsklauseln sind daher in den Verträgen nicht erhalten, und auch bei Neuausschreibungen haben die Bezirke als ausschreibende Stellen keine Möglichkeit, den Festpreis zu erhöhen, weil dieser per Gesetz fixiert ist. Die Neuausschreibung in der zweiten Ausschreibungsrunde im Jahr 2017 erfolgt daher auf Basis des unveränderten Festpreises von 3,25 € in Grundschulen. Der VBBSC hatte nach eigenen Angaben zuvor das Gespräch mit der Senatorin für Bildung, Jugend und Familie gesucht, um auf die notwendige Änderung des Festpreises im Schulgesetz hinzuwirken, dies blieb allerdings erfolglos.

Auch die nachfolgende rechtliche Auseinandersetzung belegt, dass der ursprüngliche Konsens möglicherweise nur oberflächlich oder fragil war, jedenfalls bereits wenige Jahre später bröckelt. Ein Mitgliedsunternehmen des VBBSC legt im Jahr 2017 Beschwerde bei der Vergabekammer ein und fordert eine Anhebung des Preises um 10 Cent, sowie generell die Einführung einer Preisanpassungsklausel. Es unterliegt damit jedoch.[28] Als Gründe machen der beklagte Bezirk und die Vergabekammer dabei unter anderem geltend, dass der kalkulatorische Preis von 3,25 € noch Puffer enthalte, weil bei der Kalkulation des Preises nicht Mindestlöhne, sondern Tariflöhne zugrunde gelegt worden seien; eine Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns (auf 8,84 €) sei damit faktisch bereits eingepreist. Dieser Argumentation schließen sich im Interview auch die VNS und die LEA an. Allerdings ergibt ein genauerer Blick in die ursprüngliche Studie, dass bei dem früheren Kalkulationspreis lediglich ein tariflicher Stundenlohn von 8,57 € für Hilfskräfte – die der Studie zufolge um 70 % des Personals ausmachen – zugrunde gelegt wurde (Arens-Azevedo und Tecklenburg 2012; Anhang

[28] VK Berlin, Beschluss vom 05.01.2017, VK – B 1 – 34/16.

4). Entsprechend würde bereits die in der Vertragslaufzeit (2017–2020) noch zu erwartende Erhöhung des Mindestlohnes eine Preisanhebung in etwa der geforderten Höhe rechtfertigen,[29] dies spielt in der Argumentation jedoch keine Rolle. Die Höhe der aktuellen Tariflöhne im Jahr 2017 (Hilfskräfte: 9,72 €; Fachkräfte ab 2. Berufsjahr: 12,65 €), oder gar die noch zu erwartenden Tariflohnsteigerungen im Vertragszeitraum 2017–2020, werden erst recht von keinem der Beteiligten als maßgeblicher Indikator herangezogen – schließlich hatte auch das klagende Unternehmen sie mangels Anwendung im eigenen Betrieb gar nicht erst als Argument angeführt.

Im Ergebnis bleibt der Preis in der zweiten Ausschreibungsrunde damit anders als in der ersten Runde deutlich unter dem von der wissenschaftlichen Expertise gestützten kalkulatorischen Preis (siehe Tab. A-9-1 im Anhang.). Dieses Muster wiederholt sich auch in der drauffolgenden Ausschreibungsrunde: Mit der Novellierung des Vergabegesetzes im Jahr 2019 und der beträchtlichen Anhebung des Berliner Vergabemindestlohns auf 12,50 € ab dem Jahr 2020 steht auch die Festlegung der Höhe des Essenspreises wieder auf der Agenda. Mit 4,09 € ab August 2020 (Bio-Anteil von 30 %) bzw. 4,36 € ab 2021 (Bio-Anteil von 50 %) macht er noch einmal einen deutlichen Sprung. Durch die zwischenzeitlich beschlossene vollständige Kostenübernahme durch die Stadt ist ein potenzieller Konflikt mit den Elternvertretungen dabei entschärft. Das gilt aber nicht für den Konflikt mit der Seite der Produzenten. Weder Unternehmen noch Gewerkschaften werden von der Senatsverwaltung für die Berechnung des neuen Preises konsultiert.[30] Sowohl der Vertreter der NGG Berlin-Brandenburg als auch der Vertreter des Unternehmensverbands VDKSC halten den Preis auf Nachfrage im Interview im Ergebnis für zu gering veranschlagt. Tatsächlich liegt der neue Portionspreis auch in der dritten Ausschreibungsrunde immer noch deutlich unter dem kalkulatorischen Abgabepreis für das Jahr 2017/2018, der je nach Verpflegungsform zwischen 4,23 € und 4,64 € beträgt (siehe Tab. A-9-1 im Anhang A-9). Zudem kritisiert der Schulcaterer-Verband, dass die Caterer nicht mehr nach

[29] Bei Zugrundelegung des ab 2018 geltenden Mindestlohns von 9,19 € (= rund 7 % Steigerung gegenüber 8,57 €) würde sich rechnerisch bei einem Personalkostenanteil von etwa 40 % (laut Studie) eine Anhebung des Essenspreises um knapp 3 % = 10 Cent begründen lassen.

[30] Der Verband der Schulcaterer (jetzt umbenannt in VDSKC) wurde zwar laut Schilderung eines interviewten Verbands-Vertreters im Rahmen der Überarbeitung der Musterunterlagen mit Bezug auf andere Aspekte einbezogen und hat in diesem Zuge auch einen Preis von 4,44 € vorgeschlagen, der Preis wurde von der Senatsverwaltung jedoch in den Gesprächen ausgeklammert. Der Preisvorschlag bezog die starke Erhöhung des Vergabemindestlohns nicht ein, da dieser zum Zeitpunkt der Beratungen im April 2019 noch nicht zur Debatte stand.

Anzahl der gelieferten, sondern nach Anzahl der tatsächlich gegessenen Portionen bezahlt werden – eine weitere preispolitische Entscheidung, die aus Sicht des Verbands einer unzulässigen Risikoverlagerung an die Caterer gleichkommt und die Preisanhebung relativiert.

Der Fall BERLIN steht somit insgesamt für vielerlei: für eine in dieser Art seltene, explizite Abwägung verschiedener Interessen, die am ehesten in die Nähe von ‚Quasi-Tarifverhandlungen' rücken; für die stützende Wirkung wissenschaftlicher Expertise (in Gestalt der KuPS-Studien) zugunsten *angemessener* Preise; für eine beachtliche Bandbreite von neuartigen Aktivitäten im neuen Experimentierraum, mit denen sich sowohl Gewerkschaften (Lobbying, Netzwerkbildung, Pressearbeit) als auch der Unternehmensverband (Klage vor Vergabekammer, Lobbying, Pressearbeit) in die Ausgestaltung von Musterausschreibungsunterlagen und die Festlegung angemessener Preise einmischen; für eine ebenso seltene gelungene Konsensbildung zwischen allen beteiligten Parteien rund um die Neuordnung der Vergabeprozesse im Jahr 2013, die das Ende einer extremen Sparpolitik der Stadt zulasten von Essensqualität und Arbeitsbedingungen einleitet; aber schließlich auch für den vorläufigen und fragilen Charakter dieser Konsensbildung und die verpuffte Wirkung für die Arbeitsbedingungen, zumindest vorläufig. Letzteres liegt zu einem guten Teil auch am anhaltenden Ressourcenmangel der Gewerkschaft sowie dem fehlenden Kooperationswillen der Unternehmensseite, die günstigen Rahmenbedingungen, die mit der Neuordnung von politischer Seite geschaffen werden, als Impuls für eine Stärkung traditioneller Formen des Interessenausgleichs zu nutzen.

9.4.2 Sicherheitsdienstleistungen: Kalkulationsvorgaben mit Signalwirkung

Anders als in der Schulverpflegung werden Preise in der Sicherheitsbranche nicht vorgegeben, sondern üblicherweise im Wettbewerb ermittelt. Auch hier müssen Kommunen jedoch eingehende Angebote daraufhin überprüfen, ob sie ein „ungewöhnlich niedriges Angebot" im Sinne von § 60 VgV darstellen, das im Zweifelsfall vom Wettbewerb auszuschließen ist. Aufgrund der hohen Tarifbindung der Unternehmen durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen ist zwar klar geregelt, dass Unternehmen ihrer Preiskalkulation die einschlägigen Tarifwerke zu zugrunde legen müssen. Es gibt hier aber auch einige Unklarheiten, welche Bestandteile (Zuschläge für Mehrarbeit, die Arbeit nachts sowie an Sonn- und Feiertagen; ggf. Lohnzulage für den Einsatz in Flüchtlingsunterkünften) genau einzubeziehen sind. Zudem hegen die Kommunen berechtigte Zweifel

mit Blick auf die in dieser Branche tätigen ‚schwarzen' oder ‚grauen Schafe' unter den Anbietern, ob hier nicht trotzdem Angebote eingereicht werden, die mit untertariflichen Löhnen tarifgebundene Unternehmen zu unterbieten versuchen.

Daher ist es in den Fallstudien-Kommunen (und nach unserer Auswertung zahlreicher weiterer Vergabeunterlagen (siehe Anhang A-5) auch darüber hinaus) eine übliche Praxis, bereits den Ausschreibungsunterlagen als Kalkulationshilfen detaillierte Preisblätter beizulegen, mit denen die Bieter aufschlüsseln sollen, wie sich ihr Stundenverrechnungspreis zusammensetzt. Sie disziplinieren die Bieter damit in gewisser Weise zu einer sauberen Kalkulation auf Basis von Tariflöhnen, was offenbar keine Selbstverständlichkeit ist, wie D-BRÜCK erfährt: Mit der Änderung der Vergabestrategie ist man hier kurz vor dem Untersuchungszeitpunkt erstmals dazu übergegangen, bei den Bietern eine detaillierte Preiskalkulation abzufragen, die nicht nur sämtliche lohnabhängige (u. a. Tariflohn, Zuschläge, Sozialversicherungsabgaben), sondern auch auftrags- und unternehmensbezogene Kosten (u. a. Qualifizierung und Weiterbildung, Ausstattung des Personals, Verwaltungskosten, Wagnis und Gewinn) abbildet. Die Bieter hätten zum Teil große Schwierigkeiten damit gehabt, dies alles offenzulegen; überhaupt sei ihnen sogar die Anfertigung der Detailkalkulation schwergefallen, so das Fachamt.

Längere Erfahrungen haben hier die anderen untersuchten Kommunen; und wieder ist es A-BURG, das eine ‚perfektionistische' Herangehensweise am den Tag legt: Um jedes Angebot zu prüfen und nachzurechnen, wurde hier ein Raster entwickelt, mit dem Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit des Angebotspreises geprüft werden. Angebote, die mindestens 60 % auf den tariflichen Grundlohn aufschlagen, werden demnach als seriös bewertet. Bieter, die mit weniger als 60 % Aufschlag kalkulieren, bittet man um Aufklärung. Im Zweifel werden diese Angebote ausgeschlossen, um den Wettbewerb nicht ins Bodenlose treiben zu lassen. Bei Bieterbeschwerden habe die Vergabestelle dies immer verdeutlicht, weshalb bislang niemand vor die Vergabekammer gezogen sei:

> „Da ging es halt um die Kalkulation, wo ich gesagt habe: ‚Ich will keinen Fünfjahresvertrag, wo null Wagnis und Gewinn in den Unternehmenskosten drinsteht'. Und solche Fälle habe ich drei-, vier-, fünfmal gehabt. (…) – ‚Dann gehen wir vor die Vergabekammer'. Sagte ich: ‚Das könnt ihr schon machen'. Haben es dann aber nicht gemacht. Wir hätten verloren." (Vergabestelle A-BURG)

Allerdings lässt sich der Unterbietungswettbewerb und ein langsamer Preisverfall damit nach den Erfahrungen in A-BURG auf längere Sicht nicht unterbinden, da die Unternehmen im Hinblick auf die unternehmensbezogenen Kosten niedrige

Werte ansetzen und der Richtwert für den Aufschlag dadurch sukzessive gesunken sei:

> „Natürlich unterbieten sich die Firmen immer gegenseitig. Im Bereich Unternehmenskosten sind die Firmen ja relativ frei. Da haben wir das Problem: Im Prinzip kann eine Firma sagen: ‚Meine anderen Aufträge laufen so gut, dass meine Verwaltung komplett von anderen Aufträgen bezahlt ist. Ich setze hier null ein.' (…) Früher waren wir bei 65 % Aufschlag, dann bei 63, dann bei 59, und da versuchen die natürlich immer irgendwo zu drehen." (Vergabestelle A-BURG)

Dass hier keine absoluten Grenzen gesetzt werden können, die diesen Verfall aufhalten, liegt an rechtlichen Restriktionen. Tatsächlich ist der Ausschluss von Angeboten unterhalb bestimmter Mindestaufschläge vergaberechtlich problematisch, wie mehrere Urteile von Vergabekammern und Gerichten[31] zeigen. Das gilt auch für die Mindestaufschläge der Zollverwaltung (Bundesfinanzdirektion West), die als zuständige Stelle für die Kontrolle der gesetzlichen Branchenmindestlöhne eine Berechnungsgrundlage benötigte und hierfür im Falle der Gebäudereinigungsbranche einen Aufschlag von 70 % auf den allgemeinverbindlichen Lohn als Untergrenze ansetzte, die es erlaubt, die lohnabhängigen Kosten zu erwirtschaften. Entsprechende Vergabeverfahren, die auf Basis dieser Untergrenze Angebote ausschlossen, wurden jedoch für unzulässig erklärt, etwa, weil dem Bieter keine Gelegenheit gegeben wurde, den niedrigen Preis auf Nachfrage zu begründen (Huland 2012; Herten-Koch 2014). Dies deckt sich mit Urteilen auch in ähnlich gelagerten Fällen im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen, die den auftraggebenden Stellen detaillierte Prüfungspflichten zur Auflage machen, bevor sie ein Angebot ausschließe dürfen.[32]

Die Kommunen bewegen sich insofern bei der Anwendung von Stundenverrechnungssätze in einer rechtlichen Grauzone. Wie ein juristischer Kommentar zu einem der Urteile als „Praxistipp" resümierend festhält, stehen Auftraggeber hier vor dem Problem, dass sie

> „plausibel und möglichst durch Fakten unterlegt, einen Ausschluss wegen zu niedriger Stundenverrechnungssätze und damit prognostisch einhergehender Mindestlohnunterschreitungen zu begründen [haben], ohne gleichzeitig tatsächlichen Einblick in die maßgeblichen Unternehmenskennzahlen zu haben. (…) Letztlich dürfte das Dilemma für den öffentlichen Auftraggeber nur dadurch lösbar sein, dass er quasi den Spieß umdreht und dem Bieter einen möglichst detaillierten Fragenkatalog zu

---

[31] u. a. VK Bund, Beschluss vom 27.12.2011 (VK 1 – 159/11); VK Südbayern, Beschluss. vom 14.02.2014 – Z3-3-3194-1-43-12/13.

[32] z. B. VK Thüringen, Beschluss vom 8. März 2017 – Az. 250-4003-1772/2017-N-005-G.

> den Stundenverrechnungssätzen sowie zu den sich hieraus auf die Wahrung der Mindestlöhne ergebenden Konsequenzen übermittelt und die Beantwortung dieser Fragen ebenso wie seine hieraus gezogenen Schlüsse hinreichend detailliert dokumentiert.“ (Herten-Koch 2014)

Ob angeregt durch diesen Praxistipp oder nicht, erscheint das Vorgehen in A-BURG mit seinen sehr detaillierten Kalkulationsblättern recht nah dran an dieser Lösungsstrategie. Die Preisblätter setzen somit ein Signal, das die Bieter dazu anhält, keine unterpreisigen Angebote abzugeben, und bei Nichtbeachtung implizit mit Ausschluss, zumindest aber mit einer vertieften Prüfung droht.

Die Rechtsprechung und die geschilderte Praxis in A-BURG führen vor Augen, dass die Berechnung von ‚gerechten‘ Preisen ein relevantes Aushandlungsfeld darstellt, auf dem im Übrigen auch weitere externe Akteure tätig sind, ähnlich wie im Fall des Schulcaterings. In der Sicherheitsbranche hat der Arbeitgeberverband BDSW entsprechende Berechnungen für faire bzw. „seriöse“ Stundenverrechnungssätze angestellt, ähnlich wie die Zollverwaltung für die Gebäudereinigung. Da es in der Sicherheitsbranche bereits vor Einführung des allgemeinen Mindestlohnes in einzelnen Bereichen auch Branchenmindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz gab, fand hierzu auch ein Austausch mit dem Zoll zur Frage statt, welcher Stundenverrechnungssatz als Indikator für eine „seriöse Kalkulation“, also die Einhaltung gesetzlicher Lohnvorschriften zu gelten hätte. Dabei galt es zugleich, vergaberechtliche Klippen zu vermeiden, wie ein Vertreter der Geschäftsstelle des BDSW im Interview schildert:

> „Und da kam der Zoll zunächst mal auf die Idee: Es könnte ja auch der Faktor 1,7 sein. Und da haben wir dem Zoll aber gesagt, das ist bei uns in der Sicherheitswirtschaft mit 111 Tätigkeiten, die wir haben, viel komplizierter als im Gebäudereinigerhandwerk, wo Sie sehr enge und begrenzte Dienstleistungen vorfinden. Und deshalb haben wir gesagt, können wir nur eine Rahmengröße, eine Spanne angeben, und das wiederum ist abhängig von Bundesland zu Bundesland, vom Objekt, von dem Unternehmen, was sie da kalkulieren, und deshalb ist der Rahmen im Bereich 1,5 bis 1,75 bei uns in der Sicherheitswirtschaft anzusehen. Damit war der Zoll erst mal zufrieden.“ (BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle)

Zwar haben diese Gespräche nicht unmittelbar etwas mit der öffentlichen Auftragsvergabe zu tun, sondern mit der Prüfung von Branchenmindestlöhnen allgemein. Dies strahlt aber auf die Preisermittlung bei der öffentlichen Auftragsvergabe aus, denn der BDSW stellt diese Orientierungsgrößen auf Nachfrage auch öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung. Tatsächlich machen an diesem Punkt zumindest einzelne Kommunen – unter unseren Fallstudien nur A-BURG,

wie oben geschildert – Gebrauch vom Wissen der Tarifakteure. Wie Bundesverband und Landesverbände von BDSW berichteten, kämen aber auch Anfragen von anderen Kommunen zu üblichen Stundenverrechnungssätzen und tariflichen Regelungen sowie zur grundsätzlichen Seriosität einzelner Anbieter.

> „Aber danach wird natürlich immer wieder gefragt: „Wie ist denn das? Wann finde ich denn eine seriöse Kalkulation vor?“, fragen viele Auftraggeber, die bei uns anrufen. Und da haben wir gesagt: ‚So ein Orientierungswert ist schon immer dieser Faktor 1,7, also ein 70-%iger Aufschlag auf den nackten Lohn, auf den Stundengrundlohn. Da sind Sie sicherlich dabei, eine seriöse Dienstleistung vorzufinden.‘“ (BDSW Bundesverband, Geschäftsstelle)

Auch wenn hier also kein gerichtsfester Standard für einen angemessenen Preis vorliegt, wird damit den Vergabestellen zumindest ein Prüfmaßstab an die Hand gegeben, der den Ausschluss unterpreisiger Angebote erleichtert, und im besten Fall darüberhinaus bereits im Vorfeld abschreckende Wirkung auf ‚unseriöse‘ Anbieter entfaltet. Enge rechtliche Grenzen und ihre restriktive Auslegung durch die Rechtsprechung mindern aber ihre Wirkung. Im Vergleich zur Preisermittlung in der Schulverpflegung fällt auf, dass der Unternehmensverband hier aktiv von staatlicher Seite bei der Ermittlung angemessener Stundenverrechnungssätze konsultiert wird. Das liegt auch daran, dass hier Voraussetzungen erfüllt sind, die im Schulcatering fehlen, nämlich zum einen, dass sich dieser Unternehmensverband eben auch als Tarifpartner versteht und sich dadurch als Gesprächspartner qualifiziert; und zum zweiten, dass es überhaupt allgemeinverbindliche Tarifverträge gibt, deren Kontrolle (teilweise) dem Zoll obliegt. Erneut also schlägt hier der Unterschied zwischen den beiden Branchen in Hinblick auf die Strukturen in den traditionellen Arenen der Interessenvermittlung zu Buche.

9.5 Vergabepraktiken, Aushandlungs- und Lernprozesse zu Arbeitszeit und Einsatz von Subunternehmen

Nicht nur auf lohn- und tarifpolitische Aspekte in den beauftragten Unternehmen haben die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber faktisch Einfluss, sondern auch auf weitere Arbeitsbedingungen. Sehr vereinzelt reflektieren die auftraggebenden Stellen in den Fallstudien-Kommunen diesen Einfluss und versuchen ihn gezielt im Sinne der Beschäftigten zu nutzen. Die folgenden Ausführungen beleuchten insbesondere arbeitszeitbezogene Aspekte sowie den Umgang mit Subunternehmen. Erneut sind in Bezug auf beide Aspekte entsprechende Bemühungen bei der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen stärker

ausgeprägt als bei der Vergabe von Schulverpflegungsleistungen; bei Letzteren ist dies so gut wie nicht existent. Die Erklärung für diesen Unterschied ist, anders als im Falle der lohn- und tarifpolitischen Aspekte, weniger bei unterschiedlich starken Impulsen externer Akteure (Zoll, Unternehmensverbände) zu suchen. Vielmehr macht sich hier erneut bemerkbar, dass die Vergabeverantwortlichen in diesem Segment in stärkerem Maße einen positiven funktionalen Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und Qualität der Dienstleistung herstellen (s. Kap. 7). Dies hat vermutlich auch mit dem stärker personengebundenen Charakter der Dienstleistung zu tun; mittelbar dürfte dies aber partiell auch Resultat der entsprechenden Lobbyarbeit des Arbeitgeberverbandes in der Sicherheitsbranche sein.

9.5.1 Arbeitszeit: Kundenbedarfe versus Beschäftigtenbedarfe

In Hinblick auf die Arbeitszeit tritt über verschiedene Branchen hinweg immer wieder ein Spannungsverhältnis auf zwischen Kundenbedarfen und den Präferenzen von Beschäftigten hinsichtlich Umfang, Lage und Planbarkeit der Arbeitszeit. Dies ist in der Privatwirtschaft nicht anders als im Bereich öffentlich finanzierter Dienstleistungen. Dort, wo die Kundenseite aus Einzelpersonen besteht, wie etwa im Falle eines Ladengeschäfts, ist es dem Anbieter innerhalb der gesetzlichen und ggf. tariflichen Bestimmungen selbst überlassen, ob und wie er Kundenbedarfe und Beschäftigtenbedarfe ausbalanciert. Wo die Kundenseite hingegen aus öffentlichen Auftraggebern besteht, enthalten die Ausschreibungsunterlagen und die darauf basierenden Verträge zum Teil sehr detaillierte Vorgaben, die die zeitbezogenen Kundenbedarfe unilateral fixieren. Entscheidungen zur Arbeitszeitorganisation sind somit dem Anbieter faktisch entzogen; er teilt sich diese Verantwortung mit dem Kunden.

Auf den ersten Blick erscheint dies auch kaum vermeidbar: Die Ausgabe von Schulmittagessen bedarf nun einmal der Anwesenheit von Personal in einem klar definierten und beschränkten Zeitfenster, und Sicherheitsdienstleistungen werden synchron zu den Öffnungszeiten öffentlicher Einrichtungen benötigt – im Falle der Flüchtlingsunterkünfte ist dies eben oftmals rund um die Uhr. Gleichwohl gibt es jenseits solcher unverrückbaren zeitlichen Erfordernisse durchaus Gestaltungsoptionen, die sich auch an den Bedarfen von Beschäftigten orientieren können. Ein besonders weitreichendes Beispiel ist hier etwa die Initiative

für Tagesreinigung in öffentlichen Gebäuden der Stadt Hamburg.[33] Die in der Gebäudereinigungsbranche lange Zeit als unvermeidbar angesehene Praxis, die Gebäudereinigung auf die frühen Morgen- oder späten Abendstunden zu legen, also außerhalb der üblichen Nutzungszeiten von Gebäuden, wird hier zugunsten sozialverträglicherer Arbeitszeiten für die Reinigungskräfte aufgegeben.

Wegen der damit verbundenen Eingriffe in die Ablauforganisation auf Seiten sowohl der Anbieter als auch der ‚Kunden' bzw. Bedarfsträger (u. a. öffentliche Schulen) erzeugt dies allerdings erhebliche Koordinationsbedarfe und setzt einen entsprechend starken Gestaltungswillen der Behörde voraus. Ähnlich grundlegende Interventionen ließen sich für die beiden hier betrachteten Branchen in den Fallstudien-Kommunen nicht feststellen. Dabei gibt es hier durchaus problematische arbeitszeitbezogene Aspekte. Im Falle der Schulverpflegung ist dies das geringe Stundenvolumen von Beschäftigten, die vor Ort für die Aufbereitung und Ausgabe des Essens zuständig sind, sowie die langen unbezahlten Freistellungen in den Schulferien.[34] Nach Angaben der befragten Catering-Unternehmen decken sich die unbezahlten Ferien und auch das geringe Stundenvolumen zumeist mit den Präferenzen der überwiegend weiblichen Beschäftigten, insbesondere wenn sie Kinder im schulpflichtigen Alter haben und finanziell anderweitig abgesichert sind. Eine unabhängige Erhebung zu den Präferenzen der Beschäftigten war im Rahmen der Studie nicht möglich. Selbst wenn diese Einschätzung zutrifft, bedeutet dies allerdings zunächst nur, dass sich das Stellenangebot in den Ausgabeküchen auf das traditionelle, institutionell durch Ehegattensplitting und geringfügige Beschäftigung abgesicherte Zuverdiener-Modell stützt und somit allenfalls für einen begrenzten Kreis von Beschäftigten attraktiv ist.

Zumindest in Bezug auf das Stundenvolumen bietet sich den Unternehmen etwas mehr Gestaltungsspielraum, wenn neben der Mittagessensverpflegung auch der Betrieb eines Schulkiosks mit längeren Öffnungszeiten ausgeschrieben wird. Dies ermögliche es den Betrieben, die Ausgabekräfte für ein längeres

---

[33] Siehe u. a. die Webseite https://www.sauberesmiteincdander.de

[34] Dort, wo es in den Ferienzeiten an den Schulen keine Betreuungsangebote und damit auch keinen Bedarf nach Essensverpflegung gibt, werden die Ferienzeiten nach Angaben der befragten Gewerkschaftsvertreter wie auch der befragten Unternehmen typischerweise durch unbezahlten Urlaub der Beschäftigten überbrückt – zumal die überwiegend kleinen und mittelständischen Firmen, die in der Schulverpflegung tätig sind, eher selten andere Geschäftsfelder haben (etwa Betriebskantinen, Altenheime), die in den Ferienzeiten alternative Einsatzmöglichkeiten bieten würden. Selbst wo Arbeitszeitkonten eingerichtet werden, ist der Aufbau von Zeitguthaben nur begrenzt möglich, da der Arbeitsanfall unterjährig wenig schwankt.

Zeitfenster an der Schule einzusetzen. Über weitergehende behördenseitige Interventionen, die eine solche Bündelung von Tätigkeiten gezielt unterstützen oder mit den Schulen und Unternehmen darüber in den Dialog treten, wurde in den Fallstudien-Kommunen nicht berichtet. In den Ausschreibungsunterlagen *anderer* Kommunen, die wir im Rahmen einer umfassenderen Datenbankauswertung gesichtet haben (s. Anhang A-5), fand sich vereinzelt allerdings die Aufforderung an Bieter, nur sozialversicherungspflichtige Beschäftigte einzusetzen. Diese Aufforderungen lassen sich zwar als Indiz interpretieren, dass auf Behördenseite durchaus ein Problembewusstsein vorhanden ist. Der Effekt solcher Forderungen dürfte allerdings begrenzt sein. Denn zum einen bleibt ihr rechtlicher Status meist unklar: So wird in den Leistungsbeschreibungen, Angebotsaufforderungen oder in ‚Allgemeinen Vorgaben' zwar festgehalten, dass der Auftragnehmer den Einsatz sozialversicherten Personals zu gewährleisten habe. Aus den Unterlagen ist jedoch nicht ersichtlich, dass dies durch entsprechende Verpflichtungserklärungen oder vertragliche Klauseln zu einer zwingenden Ausführungsbestimmung oder zum Ausschlusskriterium erhoben wird. Möglicherweise schlagen sich in diesen etwas vagen Bestimmungen auch behördenseitige Zweifel nieder, ob diese Auflage vergaberechtlich zulässig ist. Zumindest waren solche Auflagen *vor* der Vergaberechtsreform durch die Rechtsprechung mit Verweis auf den fehlenden ‚sachlichen Zusammenhang' mit dem Auftragsgegenstand als unzulässige Wettbewerbseinschränkung eingestuft worden, weil sich ein positiver Einfluss der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auf Zuverlässigkeit und Qualität der Leistung nicht begründen lasse,[35] im Gegenteil ein geringes Stundenvolumen sogar eine höhere Qualität (wegen geringere Ermüdung der Beschäftigten (sic!)) erwarten lasse.[36] Der ‚sachliche Zusammenhang' ist wie in Kap. 4 erläutert spätestens seit der Vergaberechtsreform nicht mehr erforderlich; gleichwohl ist denkbar, dass in der Praxis weiterhin Unsicherheit über die Auslegung des notwendigen ‚Bezugs zum Auftragsgegenstands' besteht.

---

[35] VK Sachsen, Beschluss vom 22.07.2010, 1/SVK/022 – 10 zu Post-Dienstleistungen:" (…) den sachlichen Zusammenhang zwischen den Auftrag und der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung der Arbeitnehmer kann die Vergabekammer nicht herstellen. Einen Erfahrungssatz, dass die Qualität der Leistung von dem Anteil sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter abhängt, gibt es nicht".

[36] OLG Düsseldorf Beschluss vom 17.01.2013, VII – Verg 35/12 zu Reinigungsdienstleistungen: „Der Einsatz von nicht sozialversicherungspflichtigem Personal ist nicht notwendigerweise mit diesen Nachteilen verbunden.(…) Auch böten beispielsweise vier noch nicht von der Arbeit ermüdete Zwei-Stunden-Kräfte ein besseres Reinigungsergebnis als eine Acht-Stunden-Kraft.

Neben der mangelnden Verbindlichkeit der Auflagen zu sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung widersprechen die übrigen Vorgaben in den gesichteten Ausschreibungsunterlagen aber mitunter auch solchen Forderungen – etwa wenn, wie in einem Fall, ein wöchentlicher Arbeitszeitumfang von lediglich 6 Stunden für eine Küchenkraft vorgegeben wird.[37] Die Ausschreibungen schaffen mithin nicht *selbst* die Voraussetzungen für sozialversicherungspflichtige Tätigkeiten im Rahmen des Auftrags, sondern tragen implizit dem Anbieter die Aufgabe auf, durch Kombination mit *anderen* Aufträgen entsprechende Arbeitsverhältnisse zu schaffen. Derartige Forderungen erfüllen insofern eher vordergründig legitimatorische Zwecke, insofern sie der Norm des ‚Guten Auftraggebers' schriftlich dokumentiert Rechnung tragen, dies jedoch kaum selber durch Anpassungen der Nutzerwünsche unterstützen. Das Beispiel verdeutlicht, dass auch die vergaberechtliche Öffnung zugunsten sozialer Kriterien – hier die Möglichkeit, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zur Auflage zu machen – für sich genommen nicht unbedingt ausreicht, um effektive Hürden für gute Arbeitsbedingungen abzubauen, sondern dass es gerade mit Blick auf die Arbeitszeit auch der Konzessionsbereitschaft auf Nutzerseite und der Koordination zwischen Anbietern und Nutzern bedarf.

Solche Anpassungen auf Seiten der öffentlichen Nutzer zugunsten der Beschäftigten externer Dienstleister erfordern allerdings nicht nur vertiefte Einblicke in die Ablauforganisation auf beiden Seiten, sondern bedürfen auch erheblicher Überzeugungsarbeit seitens der Vergabestellen; oder aber entsprechender politischer Impulse von übergeordneten Stellen.

Dies illustriert auch das Vorgehen in A-BURG im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen: Der Mitarbeiter der Vergabestelle erlebt bei der Entscheidung über den zeitlichen Dienstleistungsumfang für Sicherheitstätigkeiten häufiger den Interessenskonflikt, selbst ‚Guter Auftraggeber' sein zu wollen, dabei aber das Budget der Bedarfsstellen (Ämter, Träger von Einrichtungen) nicht aus dem Blick zu verlieren. Da diese ihr Budget selbst verwalten, sind sie an einer möglichst engen Kopplung von Bewachungszeiten an die Gebäudeöffnungszeiten interessiert. Hier komme es häufiger zu Aushandlungsversuchen ‚hinter dem Vertrag', in denen der Vergabeverantwortliche um einen auskömmlichen Bewachungsumfang ringt:

---

[37] So heißt es in einer Leistungsbeschreibung, die den ausschließlichen Einsatz von sozialversichertem Personal fordert, dass an der betreffenden Schule an drei Tagen der Woche je zwei Küchenkräfte arbeiten sollen, wobei „geplant ist, dass eine Küchenkraft 4 h und die andere 2 h arbeitet."

> „Ich bin nach wie vor der Meinung: Wenn Sie Qualität haben wollen, eine gute Leistung (…), dann muss ich als Auftraggeber gucken, dass der Wachmann möglichst zehn Stunden beschäftigt ist. (…) Weil, Sie haben ein Riesenproblem, wenn der Wachmann dann kommen soll und dann tatsächlich nur sechseinhalb Stunden beschäftigt ist. Der bleibt Ihnen nicht. (…) Wir müssen als Auftraggeber auch schauen, dass die Voraussetzung für die Firmen und auch die Mitarbeiter entsprechend gegeben ist. Und der Mitarbeiter will halt zehn Stunden arbeiten und nicht nur sechs. Da kämpfe ich leider nicht so erfolgreich, wie ich es mir wünsche.“ (Vergabestelle, A-BURG)

Das Zitat veranschaulicht zugleich, dass solche Bemühungen um eine Koordination von Kunden- und Beschäftigtenbedarfen in hohem Maße von der Einsicht in einen positiven Nutzen für die Qualität der Dienstleistung getragen werden. In diesem Fall ist es der Fachkräftemangel in der Branche, der eine arbeitnehmerorientierte Arbeitszeitgestaltung aus Sicht der Vergabestelle in A-BURG erforderlich macht, um Qualität in Form „guter Leistung“ und personeller Kontinuität sicherstellen zu können.

Ein mehrfach von Gewerkschaften und Branchenexpert*innen für Sicherheitsdienstleistungen thematisiertes Problem stellen zudem die Pausenzeiten dar, die angesichts der oft überlangen Arbeitszeiten von besonderer Bedeutung sind. Hier komme es häufig zu arbeitszeitrechtlichen Verstößen, weil die Verträge üblicherweise eine durchgehende Präsenz des Personals im vertraglich zugesicherten Umfang einfordern, und die Unternehmen somit eine Pausenablösung in die jeweils von ihr betreuten dezentralen Liegenschaften entsenden müssten. Dieser Umstand bleibt in den Verträgen der Kommunen in der Regel unerwähnt und der personalpolitische Umgang der Auftragnehmer somit ein „blinder Fleck“, wie es ein interviewter Sicherheitsberater feststellt:

> „Das Thema Pausen und Sicherheitsgewerbe ist ein ganz, ganz blinder Fleck. Ja, es ist teilweise operativ schwierig, das Pausenrecht umzusetzen, aber das Pausenrecht ist halt nichts, was ich bei Sonnenschein und Rückenwind zu beachten habe, sondern es ist ein extrem starkes Arbeitnehmerrecht. Und es wird häufig nicht beachtet. (…) Natürlich, wenn ich in Anführungsstrichen ‚ohne Not‘ in der Ausschreibung Pausenzeiten einkalkuliere, dann falle ich hinten runter, weil ich dann teurer bin als ein Wettbewerber.“ (private Beratungsfirma 1)

Hingegen findet die Pausengestaltung in den Vergabeunterlagen von A-BURG explizit Berücksichtigung. So wird darauf hingewiesen, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Pausen einzuhalten und im Wachbuch genau zu dokumentieren sind. Um den Dienstbetrieb mit dem vertraglich fixierten Personalschlüssel von zwei Sicherheitskräften aufrecht zu erhalten, müsse der bzw. die zweite Mitarbeiter*in

auch in der Pausenzeit im Notfall erreichbar und schnellstmöglich verfügbar sein – die Pausenzeit wird hier also gewissermaßen zur Bereitschaftszeit deklariert. Die Pause wird daher durch den Auftraggeber vergütet – im Wortlaut: „Die Pause wird bezahlt und muss der **Sicherheitskraft** vergütet werden“ (Hervorhebung im Original). In dieser Deutlichkeit sind die Unterlagen im Nachgang unserer Untersuchung nochmals angepasst worden, da es offenbar bei den beauftragten Unternehmen Unklarheiten darüber gegeben hatte, wem diese Vergütung zukommt.

Auch dieses letzte Beispiel unterstreicht, dass die Verantwortung für die Arbeitszeitorganisation der Beschäftigten *faktisch* zwischen Anbieter und Nutzern der Dienstleistung geteilt ist. Ohne klare Vorgaben und konkrete Vorschläge, wie Beschäftigtenrechte bei der Umsetzung von mitunter zeitlich anspruchsvollen Nutzerbedarfen gewahrt werden können, ist dies gerade in Wirtschaftsbereichen ohne funktionierende Interessenvertretungen auf Beschäftigtenseite kein Selbstläufer, auf den die Auftraggeber vertrauen können. Ausweislich der Fallstudien scheint es bislang aber eher die Ausnahme zu sein, dass die Nutzer (bzw. die stellvertretend für sie handelnden Vergabestellen) sich wie im obenstehenden Fall an der Suche nach praktikablen *und* beschäftigtenfreundlichen Lösungen beteiligen. Eher ist es üblich, dass diese Aufgabe vollständig an die beauftragten Firmen delegiert wird; und dies selbst wenn es den Vergabeverantwortlichen zum Teil durchaus bewusst ist, dass die Firmen mangels Gegenwehr von ihren Beschäftigten wenig Anreize besitzen, deren Rechte und Bedarfe zu berücksichtigen.

9.5.2 Einsatz von Subunternehmen: Lernprozesse im engen rechtlichen Rahmen

Der Einsatz von Subunternehmen ist sowohl im Rahmen öffentlicher wie auch privatwirtschaftlicher Auftragsvergabe eine Praxis, die unter dem Aspekt der Arbeitsbedingungen branchenübergreifend seit langem in der Kritik steht, weil Arbeitsbedingungen hier oft besonders prekär sind und es gehäuft zu arbeits- und tarifrechtlichen Verstößen kommt (Siebenhüter 2014; Weil 2019; Bosch et al. 2019; Hertwig und Wirth 2021). Sowohl in Deutschland wie auch in anderen europäischen Ländern hat es daher wiederholt Ansätze gegeben, den Einsatz von Subunternehmen bei öffentlichen Aufträgen zu verbieten oder zumindest zu beschränken – beispielsweise auf einen bestimmten Anteil am Gesamtvolumen des Auftrags, oder auf eine maximale Anzahl an vertikalen Ebenen in der

Subunternehmer-Kette zu beschränken (für Belgien z. B. Marique und Wauters 2018).

Allerdings setzen das europäische und entsprechend auch das deutsche Vergaberecht einer solchen Einschränkung enge Grenzen (Deutscher Bundestag 2018), unter anderem mit dem Ziel, die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen auch an Großaufträgen zu ermöglichen. So befanden mehrere EuGH-Urteile Regelungen etwa in Italien oder Polen für unzulässig, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf einen bestimmten Prozentsatz des Auftragswerts beschränkten.[38] Allenfalls kann der Auftraggeber für vorab zu bestimmende „kritische Aufgaben" eine Selbstausführung durch den Bieter verlangen (§ 47 Abs. 5 VgV). Diese explizite Ausnahme ist erst auf der Basis eines entsprechenden Passus in der neuen Europäischen Vergaberichtlinie in das deutsche Gesetz aufgenommen worden, stellt insofern eine gesetzliche Öffnung bzw. eine Kodifizierung der ähnlich lautenden vorherigen Rechtsprechung dar; zuvor enthielt das Gesetz keine entsprechende explizite Regelung. Allerdings ist im Gesetz nicht begrifflich definiert, welche Dienstleistungen als ‚kritische Aufgaben' definiert werden dürfen. Diese Klärung fiel nach der Vergaberechtsreform mithin Rechtskommentaren (u. a. Summa 2016; Stolz 2018) und Rechtsprechung zu (u. a. OLG Rostock, Beschluss vom 23.04.2018, 17 Verg 1/18). Dabei hat sich sowohl in den Kommentaren als auch in den Urteilen von Vergabekammern und Gerichten die Auffassung durchgesetzt, dass diese Ausnahme eng auszulegen ist. Konkret bedeutet dies, dass hier allenfalls Teilleistungen, nicht der gesamte Auftrag, von der Untervergabe ausgenommen werden dürfen, und dass die Ausnahmen sachlich begründet werden müssen; dass also die Teilleistung für das Gelingen oder die Qualität der Leistung von besonderer Bedeutung sein muss (Deutscher Bundestag 2018, S. 10 f.). In einer Entscheidung der Vergabekammer Thüringen wurde dies so ausgelegt, dass standardisierte Postdienstleistungen trotz Anerkennung ihrer Bedeutung u. a. für den reibungslosen Ablauf von Verwaltungsvorgängen grundsätzlich nicht als ‚kritische Aufgabe' einzustufen sind (VK Thüringen, Beschluss vom 10.07.2019 – 250-4003-15326/2019-E-010-GVK). Im Bereich einfacher, standardisierter Dienstleistungen ist ein Nachunternehmer-Verbot also nach herrschender Auffassung offenbar selbst mit Verweis auf zu befürchtende Qualitätsmängel nur schwer zu begründen. Noch weniger scheinen soziale Erwägungen wie gehäufte arbeits- und tarifrechtliche Verstöße durch Subunternehmen als Begründung infrage zu kommen; weder in Rechtskommentaren noch in den einschlägigen Urteilen finden diese bislang Erwähnung.

[38] EuGH-Urteil vom 14.07.2016 – C-406/14; EuGH 2019 Urteil vom 26.09.2019 – C-63/18.

Dieser relativ enge rechtliche Rahmen bezieht sich zwar formal nur auf den Oberschwellenbereich, also auf europaweite Ausschreibungen von Aufträgen. Im Unterschwellenbereich verfügt der Auftraggeber hingegen über die uneingeschränkte Befugnis vorzuschreiben, „dass alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst (…) ausgeführt werden müssen" (§ 26 Abs. 6 UVgO). Diese deutlich weiter gefasste Befugnis entspricht auch der Intention des Gesetzgebers (Deutscher Bundestag 2018, S. 11). Allerdings strahlen in der Praxis, wie bereits in Kap. 3 beschrieben, Regelungen und Rechtsauslegung in ‚kolonialisierender' Weise aus dem Oberschwellenbereich auch auf den Unterschwellenbereich sowie auf die Vergabe von Konzessionen aus. Im Einklang damit wird in den einschlägigen Rechtskommentaren die Auffassung vertreten, dass jedenfalls bei Vergaben mit grenzüberschreitender Relevanz Einschränkungen des Einsatzes von Nachunternehmen ebenfalls nur in engen Ausnahmefällen zu rechtfertigen sei, in jedem Fall aber einer *sachlichen* Rechtfertigung bedürfe (Deutscher Bundestag 2018, S. 10; s. a. OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016, 13 U 148/15).

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte in zwei der untersuchten Kommunen die Übertragung von Aufgaben auf Nachunternehmen ausgeschlossen wird, und zwar auch bei Vergaben im Oberschwellenbereich. Eine entsprechende Forderung hatte auch der BDSW in seinem Positionspapier zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften öffentlich proklamiert. Nach Einschätzung eines interviewten Beraters für die Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen ist ein solches Selbstausführungsgebot jedoch selbst im Falle von Flüchtlingsunterkünften eine klar vergaberechtswidrige Bestimmung. In D-BRÜCK ist diese Maßgabe aber sogar – wie vieles – durch das Landesamt für Migrationsangelegenheiten vorgegeben und wird vom Vergabeverantwortlichen der Kommune auch nicht weiter hinterfragt oder begründet.

In C-FURT hingegen wird diese Entscheidung auch eigenständig gegen das Vergaberecht verteidigt, was ein weiterer Beleg für die progressiv-pragmatische Haltung im Umgang mit Rechtsunsicherheit ist:

> „Wir hatten in einer Ausschreibung neulich zur Bedingung gesetzt, dass die Auftragsausführung mit eigenem Personal vorzunehmen sei. Sprich, man sollte nicht Nachunternehmer einsetzen, was man ja grundsätzlich nach Vergaberecht darf, sondern man hat gesagt: ‚Das ist uns wichtig als korrektives Kriterium. Die Mitarbeiter, die eingesetzt werden, sollen halt eigene Mitarbeiter sein." (Vergabestelle, C-FURT)

Mit diesem „korrektiven Kriterium“ geht es dem Vergabeverantwortlichen erneut nicht primär um die Sicherstellung guter Arbeitsverhältnisse. In erster Linie möchte man hier, wie auch in D-BRÜCK, neben der Kontinuität durch bekanntes Personal zumindest die Option auf Nachvollziehbarkeit der Dienstleistungsqualität sichern („Wir gehen davon aus, dass dann die Steuerung besser ist als bei dem Nachunternehmer“ (Vergabestelle, C-FURT)). Implizit wird mithin in beiden Kommunen damit entgegen des oben zitierten Urteilsspruchs zu den Postdienstleistungen die Rechtsauffassung vertreten, dass auch eine standardisierte Dienstleistung wie im Falle der Bewachung von Flüchtlingsunterkünfte eine ‚kritische Aufgabe‘ darstellen kann.

In den anderen beiden Kommunen wird der Einsatz von Nachunternehmen hingegen ermöglicht. Insbesondere in A-BURG erstrecken sich die Regelungen hierzu jedoch auf mehrere Seiten der Vergabeunterlagen. So wird hier eine Zustimmung zur Untervergabe „nur in begründeten Ausnahmefällen erteilt“, eine weitere Untervergabe durch den Unterauftragnehmer ist durch den Auftragnehmer zu untersagen. Zudem werden Verpflichtungs- und Eigenerklärungen des Unterauftragnehmers inklusive zugehöriger Nachweise eingefordert, mit denen sichergestellt werden soll, dass Unterauftragnehmer die gleichen vertraglichen Pflichten und dieselben Eignungsanforderungen (einschließlich des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen) zu erfüllen haben.

Trotz ambitionierter Detailregelungen berichtet der Vergabeverantwortliche von arbeitsrechtlichen Problemen in der Praxis:

> „Jeder Subunternehmer, der eingesetzt wird, muss genehmigt werden von uns. Und wir prüfen die Eignung genauso. Das klappt auch. Aber leider Gottes gibt es manchmal Fälle, wo dann ein Subunternehmer – meistens sind es Subunternehmer – weitere Subunternehmer einsetzen, und wir kriegen das nicht so ohne weiteres mit. Und da ist es immer wieder mal vorgekommen, dass die Löhne nicht bezahlt wurden. Also nur ein Teil des Lohns bezahlt. Das ist ein schwieriges Thema, weil wie wollen wir feststellen, wo der Mitarbeiter tatsächlich beschäftigt ist? Das ist so ein bisschen ein Problem, das herauszukriegen. Wir können uns nicht von allen Mitarbeitern den Arbeitsvertrag vorlegen lassen, das geht nicht.“ (Vergabestelle, A-BURG)

In diesem Zusammenhang ist es auch zu Interaktionen mit ver.di gekommen, als sich ein Gewerkschaftssekretär über das Ausbleiben von Lohnzahlungen bei der Vergabestelle beschwerte. Der Vergabeverantwortliche habe daraufhin den Geschäftsführer des beauftragten Unternehmens zur Stellungnahme aufgefordert, der nach eigener Recherche einräumte, dass sein Subunternehmer unrechtmäßig ein weiteres Subunternehmen eingesetzt und dieses seinen Beschäftigten den

Lohn vorenthalten habe. Wie ver.di kurze Zeit später der Kommune rückmeldete, sei der Lohn schließlich nachgezahlt worden. Aus dieser Erfahrung hat die Kommune gelernt. Wie uns im Nachgang unserer Gespräche vor Ort mitgeteilt wurde, seien die Regelungen zum Einsatz von Nachunternehmen inzwischen insofern überarbeitet worden, als innerhalb einer Schicht nur Sicherheitskräfte eines Unternehmens eingesetzt werden dürften, um etwaige Unregelmäßigkeiten besser nachvollziehen zu können. Auch sind die Bestimmungen zur Begrenzung auf eine einzelne Untervergabe expliziter gefasst worden.

Das Beispiel von A-BURG veranschaulicht mithin, wie Lernprozesse im neuen Experimentierraum auch durch Interaktionen zwischen Akteuren der industriellen Beziehungen und Vergabestellen angestoßen werden. Eine grundlegende Voraussetzung dafür ist erneut, dass die Akteure der industriellen Beziehungen über die erforderlichen Ressourcen verfügen und diese nutzen; im konkreten Fall also, dass die Gewerkschaft über Mitglieder in den beauftragten Firmen verfügt, die sich bei Missständen an sie wenden und dass die Gewerkschaft diese Missstände über die Kontaktierung des Auftraggebers zu beheben versucht.

Ein anderer ver.di-Landesverband nutzt mit taktischer Medienarbeit schließlich auch die Sorge der Kommunen um ihr öffentliches Ansehen (s. Abschn. 7.3.1), um den Handlungsdruck zu erhöhen. Dies illustriert folgendes Beispiel, in dem es zwar nicht um eine unserer untersuchten Fallstudien, jedoch eine durch ver.di (mit) bewirkte Vertragskündigung geht:

> „Und da ist der Auftrag ja geplatzt, weil klar war, die arbeiten wieder mit diesem Subunternehmer zusammen, die nachweislich in [Stadt X] sieben Monate lang die Leute alle komplett schwarz bezahlt haben. (…). Aber das ist nur passiert, machen wir uns nichts vor, weil wir die dran gekriegt haben in der Öffentlichkeit. Weil wir vorher schon mit dem Finger drauf hingewiesen haben: ‚Aber ihr nehmt die schon wieder? Und ihr könnt euch sicher sein, wir sind auch da'." (ver.di Landesverband, C-FURT)

Insgesamt verfolgen die untersuchten Kommunen zumindest im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen eine Praxis, die die begrenzten rechtlichen Möglichkeiten zur Einschränkung von Subunternehmen recht weit auslegen und vergleichsweise stark ausschöpfen. Hintergrund für den Unterschied zum Schulcatering, wo keine vergleichbaren Einschränkungen gemacht werden, ist auch hier weniger eine stärker ausgeprägte Verantwortung für das Personal der beauftragten Firmen, sondern die stärker ausgeprägte Überzeugung, dass Mindestanforderungen an die Qualität der Leistung eng mit Mindestanforderungen an die Zuverlässigkeit der beauftragten Firmen und des von ihnen eingesetzten Personals abhängen, und dass die Auswahl dieser Firmen aufgrund dubioser Anbieter in dem Marktsegment einer besonderen Sorgfalt bedarf.

9.6 Vergabepraktiken, Aushandlungs- und Lernprozesse zur Kontrolle sozialer Vergabekriterien

Der Kontrolle kommt sowohl im Zusammenhang mit der Ausgestaltung als auch mit der Umsetzung sozialer Vorgaben eine Schlüsselrolle zu, wie bereits verschiedentlich zur Sprache kam. Denn ohne effektiv durchgeführte Überprüfungen steigt auch das Risiko, dass entsprechende Vorgaben wirkungslos bleiben und damit auch ihre Legitimität infrage steht. Einschätzungen der Vergabepraktiker*innen, ob bestimmte soziale Vorgaben überhaupt überprüfbar sind und inwieweit für ihre Überprüfung die erforderlichen Ressourcen bereitstehen, spielen daher bereits bei der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen eine Rolle. Zweifel der kommunalen Auftraggeber mit Blick auf die Überprüfbarkeit und die Kontroll-Ressourcen tragen durchaus zur Erklärung der noch zögerlichen Anwendung sozialer Kriterien bei (s. Kap. 7).

Zumindest in Bezug auf externe Lohnvorgaben lassen die Landesvergabegesetze solche Zweifel allerdings nicht zu. Sie sehen vor, dass die öffentlichen Auftraggeber die tatsächliche Anwendung der externen Lohnstandards durch Kontrollen sicherstellen. Allerdings mangelt es in vielen Landesvergabegesetzen und den darauf basierenden Verordnungen an detaillierten Regelungen zur Durchführung solcher Kontrollen (Böhlke 2015). Die fehlenden Kontrollmaßnahmen waren daher auch ein zentraler Kritikpunkt von befragten Verbänden und Vergabestellen im Rahmen von Evaluationen der Landestariftreuegesetze (u. a. Kienbaum 2019). Insbesondere bleibt in den Gesetzen offen, wer für die Kontrollen zuständig ist und wann bzw. in welchem Umfang diese durchzuführen sind. Vielfach räumen die Gesetze und Verordnungen den Auftraggebern lediglich das *Recht* ein, Einsicht in Lohnunterlagen zu nehmen und verpflichten sie, die *Möglichkeit* dazu vertraglich abzusichern, indem in den Verträgen mit den beauftragten Unternehmen entsprechende Nachweispflichten, Prüfrechte der Auftraggeber und zivilrechtliche Sanktionen (Vertragsstrafen, fristlose Kündigungsrechte, temporärer Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen) verankert werden. Nach unseren eigenen Recherchen sehen mittlerweile weiterhin nur wenige Ländergesetze (Niedersachsen, Brandenburg, Bremen, Berlin) eine Pflicht vor, stichprobenhafte oder verdachtsabhängige Kontrollen durchzuführen. Zudem fehlt es an zusätzlichen personellen Ressourcen. Auf Ebene der Bundesländer haben mittlerweile lediglich die beiden Stadtstaaten Berlin und Bremen sowie

das Saarland Einrichtungen geschaffen, die Kontrollen bei beauftragten Firmen durchführen.[39]

Diese Regelungslücken ließen sich auch als Verantwortungsdelegation an die kommunale Ebene bzw. an die einzelnen kommunalen Auftraggeber interpretieren. Ausweislich der Praxis in den untersuchten Fallstudien-Kommunen läuft eine solche Verantwortungsdelegation, insofern intendiert, jedoch weitgehend ins Leere. Über beide Branchen hinweg weisen die Behördenmitarbeiter*innen in den Vergabestellen und in den Fachämtern die Zuständigkeit für die Kontrolle eher von sich, mit unterschiedlichen Argumenten. Zum einen werden rechtliche Bedenken geltend gemacht, Einblick in firmeninterne Dokumente zu nehmen – auch wenn ihnen gerade diese Rechte in den Vergabegesetzen noch relativ eindeutig eingeräumt werden. Zum anderen werden hier ‚wenn überhaupt' jeweils andere behördeninterne Akteure in der Pflicht gesehen – das Fachamt sieht die Vergabestelle am Zug und umgekehrt. Drittens herrscht die Auffassung vor, dass man allenfalls anlassbezogen, also auf Basis konkreter Hinweise oder Verdachtsmomente, prüfen könne – sei es aus vermuteten rechtlichen Gründen oder mangels personeller Ressourcen für verdachtsunabhängige Kontrollen. Für solche Verdachtsmomente aber fehle wiederum die Informationsbasis, weil entsprechende Hinweise von Seiten der Beschäftigten oder der Bedarfsstellen (Flüchtlingsunterkünfte, Schulen) nicht kämen.[40]

Diese Mischung aus Argumenten und Motiven resultiert bei den meisten Befragten in einer passiv-agnostischen Haltung zum Thema Kontrollen, wie sie folgende Zitate zum Ausdruck bringen:

> „Also die haben alle gesagt, sie zahlen die xy Euro, die vorgegeben sind vom BDSW [-Tarifvertrag] inklusive aller Zuschläge. Und was am Ende tatsächlich bei dem Mitarbeiter ankommt, weiß ich nicht. Also bin ich jetzt ehrlich, es kann natürlich sein, dass die Unternehmen kalkulatorisch (…) die xy Euro vorgeben mit den entsprechenden Zuschlägen und dem Mitarbeiter am Ende doch den Mindestlohn zahlen.

---

[39] Zur Kontrollpraxis in Bremen siehe ausführlich Jaehrling et al. 2016, S. 90 ff. Zur Kontrollpraxis in Berlin siehe unten im Text.

[40] Nach den Befunden einer früheren Fallstudie zur Kontrollpraxis im Bundesland Bremen (Jaehrling et al. 2016) ist ein weiterer Grund, der für die Zurückhaltung der auftraggebenden Stellen im punkto Kontrolle infrage kommt, dass diese an den vorgesehenen Sanktionen, zumindest in Gestalt einer vorzeitigen Kündigung der Verträge, kein Interesse haben, weil dies die Versorgung der Kommune mit den beauftragten Leistungen gefährdet. Diese Begründung spielte in den Gesprächen mit Vergabeverantwortlichen in den hier untersuchten Kommunen jedoch keine Rolle; hier scheinen die Probleme in Bezug auf die praktische Durchführbarkeit von Kontrollen im Vordergrund zu stehen.

> Das kann ich aber nicht nachprüfen. Das darf ich auch nicht.“ (Fachamt E-HAUSEN, Sicherheitsdienstleistungen).
> „Wir wissen nicht: Was geben die wirklich an die Leute weiter? (…) wenn kein Wachmann kommt und sagt: ‚Ey die zahlen das gar nicht'. (…) Woher soll ich als Auftraggeber wissen, dass sie es eben nicht weitergeben? Weil, unbedingt Lohn- und Gehaltseinsicht machen, mhm, das ist so eine Sache, ne?“ (…) „Also wir sind nicht vor Ort. Wir wissen nicht was abgeht. (…) *Interviewerin: Aber wenn es jetzt dazu kommen würde, also ein Beschäftigter wendet sich an Sie und sagt Ihnen: ‚Mein Arbeitgeber hat den Lohn nicht ausgezahlt*‘? Dann würden wir losgehen. Ja. Dann würden wir losgehen und das wäre dann auch Aufgabe der Vergabestelle. Würde ich jetzt so sehen. Weil die Herren des Vertrages sind. Und ob die dahingehen, weiß ich nicht.“ (Fachamt D-BRÜCK, Sicherheitsdienstleistungen)
> „Wir können da immer schwer was machen, es sei denn, die wenden sich direkt an uns. (...) Und da müsste man dann vielleicht mit dem Caterer sprechen (…). Da will ich mich auch eigentlich gar nicht so reinmischen, weil das ist so eine Sache, das ist nicht unbedingt mein Part. Für mich ist wichtig, dass die Schule ihr Essen bekommt, dass die Kinder ihr Essen bekommen, dass da bestimmte Dinge eingehalten werden und dass es natürlich vernünftig ausgegeben wird an die Kinder“ (Fachamt BERLIN, Schulverpflegung).

Im letztgenannten Falls ist es dem Schulamt auch nicht bewusst, dass mögliche Missstände oder Zweifel in Bezug auf die Einhaltung der vertraglich zugesicherten Arbeitsbedingungen der eigens dafür eingerichteten Kontrollstelle des Landes gemeldet werden sollen. Der Vergabestelle ist dies bewusst, sie wiederum sieht hierfür aber das Schulamt als vertragsdurchführende Stelle in der Pflicht.

Die Behördenmitarbeiter*innen sehen sich also insgesamt eher nicht in der Verantwortung, ‚es sei denn‘ sie erhalten von den Beschäftigten selbst konkrete Hinweise auf Verstöße. Allerdings bleibt jeweils offen, woher die Beschäftigten wissen sollen, an wen sie sich zu wenden haben. Mangels eigener Kontrollbehörden, Ombuds-Stellen oder Informationsmaterialien für die Beschäftigten ist dies nach außen intransparent und bedürfte nicht ganz trivialer Recherchen seitens der Beschäftigten selbst.

Möglicherweise im Bewusstsein solcher tatsächlichen Kommunikationshürden zwischen Behörden und Beschäftigten stützen sich manche der Befragten ergänzend auf die Annahme, dass in den beauftragten Firmen Beschäftigtenvertretungen eine vorgeschaltete Kontrollfunktion übernehmen und bei Bedarf Missstände intern regeln. Dabei handelt es sich allerdings, wie eingangs des Kapitels geschildert, weit überwiegend um eine kontrafaktische Annahme, da kaum ein Unternehmen in den beiden Branchen über Betriebsräte verfügt. Eine solche Annahme ist insofern nützlich als mentale ‚coping‘-Strategie, geht aber an der Realität in den beiden Branchen weitgehend vorbei. Die klassischen Akteure der

Interessenvertretung übernehmen aber, wie an dem im vorigen Abschnitt geschilderten Beispiel deutlich wird (Einforderung von Lohnansprüchen für Beschäftigte von Nachunternehmen durch ver.di in A-BURG), in Gestalt der Gewerkschaften jedenfalls punktuell eine unterstützende, oder vielmehr initiative Rolle bei den Kontrollen. Hinweise auf mögliche Verstöße gegen allgemeinverbindliche Tarifverträge durch nicht-tarifgebundene Konkurrenten kommen aber zum Teil auch von den Unternehmensverbänden (s. das Beispiel in Abschn. 9.2.2.2, ebenfalls in A-Burg). Wo solche Zuarbeiten seitens der Sozialpartner ausbleiben, fehlen angesichts der mangelnden Kontrollkapazitäten und der dazu passenden passiv-agnostischen Haltung der Behörden auch die nötigen Informationen über Verstöße.

Gleichwohl gibt es vereinzelt auch hier Lernprozesse und Weiterentwicklungen zu beobachten. So ist in A-BURG auf Initiative einzelner sozialdemokratischer Stadtratsmitglieder ein Gutachten zur Prüfung eines eigenen städtischen Kontrolldienstes für extern vergebene Sicherheitsdienstleistungen erstellt worden, das die Einrichtung zwar empfahl, vom Stadtrat aus Kostengründen aber letztlich nicht angenommen wurde. Immerhin erhielt die Vergabestelle ein, wenn auch sehr kleines, Budget für verdachtsabhängige Personalkontrollen. Laut interviewtem Vertreter der Vergabestelle seien die Überprüfungen im Bereich der Sicherheitsdienstleistungen auch bei den eingesetzten Sicherheitskräften sehr positiv aufgenommen worden, weil es nicht zuletzt auch als Zeichen der Wertschätzung wahrgenommen werde. Bislang sei bei nur einer Überprüfung ein Verstoß festgestellt worden, der sich auf die Zahlung der Zulage für Flüchtlingsunterkünfte bezog und auf Wirken der Kontrollstelle zügig behoben werden konnte.

Unter den Fallstudien zur Schulverpflegung sticht wieder das Beispiel BERLIN hervor. Hier war bereits seit 2016 eine eigene Kontrollstelle eingerichtet worden, die branchenübergreifend auch für Kontrollen zum vergabespezifischen Mindestlohn und zur Tariftreue zuständig war. Das obige Zitat aus dem untersuchten Schulbezirk führt allerdings bereits einen Teil der Anlaufschwierigkeiten vor Augen. Neben Unklarheiten in Bezug auf die konkreten Zuständigkeiten (Fachamt oder Vergabestelle) und die angesprochenen Informationsdefizite haperten die Kontrollen auch daran, dass die Vergabestellen der Kontrollstelle im ersten Schritt die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung stellen müssen. Diese sind zum Teil fehlerhaft und lassen sich dann nicht als Grundlage für die Kontrolle nutzen; so fehlen häufiger die Verpflichtungserklärungen und damit auch die zivilrechtlichen Vereinbarungen, dass die Unternehmen sich kontrollieren lassen müssen (SenWEB 2017, S. 43 f.). Zudem erteilten bislang nur wenige Vergabestellen Prüfaufträge, gerade in den Branchen wie Gebäudereinigung oder Sicherheitsdienstleistungen, die für ihr geringes Entlohnungsniveau bekannt sind

(ebda.). Ein Interviewpartner aus der Wirtschaftsbehörde führt die Zurückhaltung der Vergabestellen auch darauf zurück, dass die Vergabestellen befürchten, damit ihre fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen gegenüber den übergeordneten Behördenebenen offenzulegen: „Die Auftraggeber haben Angst, dass sie aus vergaberechtlicher Sicht kontrolliert werden" (Wirtschaftsbehörde, BERLIN). Aus diesen Erfahrungen hat man ebenfalls gelernt. Mit der Novellierung des Vergabegesetzes im Jahr 2019 wurde beschlossen, dass die Kontrollgruppe nun auch eigenständig prüfen darf, ob Firmen die vertraglich vereinbarten Auflagen zu sozialen und ökologischen Aspekten erfüllen. Zudem legt das Gesetz fest, dass pro Jahr 5 % aller Vergaben zu prüfen sind (§ 16, Abs. 1 BerlAVG). Schließlich enthält das Gesetz sehr detaillierte Bestimmungen zum Verfahren, zu den Rechten der Kontrollstelle (einschließlich Verarbeitung personenbezogener Daten) und zu den Konsequenzen im Falle festgestellter Verstöße – etwa, dass dann auch die zuständigen hoheitlichen Kontrollbehörden (Zoll) zu verständigen sind.

Ergänzend zu diesem Aufbau behördenseitiger personellen Kapazitäten erfordern wirksame Kontrollen nach Einschätzung mehrerer im Rahmen unserer Fallstudien interviewter ver.di-Landesverbände nicht zuletzt weitere Lernprozesse im Hinblick auf die nötige Expertise – insbesondere ein solides Branchenwissen in Bezug auf typische Problemfelder und Varianten von arbeits- und tarifrechtlichen Verstößen. Zu unterschiedlich seien vermutlich die Arbeitssituationen, als dass sich öffentliche Auftraggeber in die Lage der Beschäftigten versetzen könnten. Ein Gewerkschaftssekretär bringt dies im folgenden Zitat anschaulich auf den Punkt und plädiert für eine engere Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern und Gewerkschaften, die den Blick auf problematische Arbeitsbedingungen schärfen kann und bereits bei der Ausgestaltung von Verträgen ermöglicht, ex-ante Ansatzpunkte für ihre Verbesserung zu schaffen:

> „Arbeitszeiten, unterschiedlicher könnten die ja eigentlich gar nicht sein, ne. Da der Öffentliche Dienst ja schon relativ geregelte Arbeitszeiten hat, weiß man, was am Ende des Monats an Gehalt dann auch im Portmonee liegt, sehr planbar einfach. Und dann die Wach- und Sicherheitskräfte, die Schichtdienste haben – manchmal weiß ich nächste Woche nicht, welche Schicht ich habe, dann unter der Woche mal Tagschicht, mal Nachtschicht, also auch im Wechsel und so. So, dass da einfach strukturiertes Familienleben teilweise gar nicht möglich ist (…). Dadurch prallen da auch ein bisschen zwei Welten aufeinander. Deswegen wäre es schon als Appell sinnvoll, wenn man öffentliche Aufträge rausgibt, dass man sich mit dem Arbeitsfeld auch dann vorher beschäftigt hat. Und wenn für ver.di da zumindest einer wäre, den man dann ins Boot holen könnte und wir würden uns dann natürlich auch nicht verschließen. Aber bisher, gab es noch keine Berührungspunkte, was jetzt das Thema angeht" (ver.di Bezirk, D-BRÜCK)

Auch auf der anderen Seite hat die Beschäftigung mit dem Thema sozialverantwortlicher Auftragsvergabe im Rahmen unseres Forschungsprojektes einen Vergabeverantwortlichen zum Nachdenken gebracht und dazu angeregt, sich künftig *vor* Ausschreibungsrunden nach Möglichkeit sowohl mit dem BDSW als auch erstmals mit der Gewerkschaft ver.di auseinanderzusetzen und den Kontakt aufzunehmen:

> „Was ver.di anbelangt, muss ich ehrlich sagen, habe ich gar nicht dran gedacht. Also, das ist für mich ein ganz neuer Aspekt und das werde ich auf jeden Fall beim nächsten Mal wirklich auch mal so anstoßen." (Fachamt, C-FURT)

Zusammenfassend haben mit dem Aufbau eigener Kontrollkapazitäten zwei Fallstudienkommunen begonnen, sich von der dominanten passiv-agnostischen Haltung zu entfernen, die sich für die Umsetzung und Kontrolle sozialer Kriterien im Wesentlichen auf die klassischen Akteure der industriellen Beziehung verlässt, selbst wo diese nur rudimentär vorhanden sind. Sie bauen damit neue Institutionen auf, die die Schwächen des Systems der kollektiven Selbstregulierung und Selbstkontrolle kompensieren. Im oben zitierten Wunsch des ver.di-Gewerkschafters verbirgt sich dabei die Einschätzung, dass diese neuen Instanzen nicht notwendigerweise vollständig separat agieren müssen, sondern eine punktuelle oder auch systematischere Zusammenarbeit zwischen der neuen Kontrollinfrastruktur und Interessenvertretungen der Beschäftigten zielführend sein könnte.

9.7 Fazit: Potenziale und Grenzen des neuen ‚Experimentierraums' in der Vergabepraxis

Das Kapitel hat Aushandlungs- und Lernprozesse rund um die Praxis der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe auf kommunaler Ebene beleuchtet. Vorrangig geht es in diesem neuen ‚Experimentierraum' auf kommunaler Ebene nicht darum, arbeitsbezogene Standards zu setzen, sondern darum, diesen Standards Geltung zu verschaffen – ein zunehmend wichtiges Betätigungsfeld gerade in Branchen mit schwacher kollektiver Selbstregulierung (u. a. Dickens et al. 2012; Voskoh et al. 2017; Weil 2018; Bosch et al. 2019; Mustchin und Martinez Lucio 2020). Unsere Befunde deuten darauf hin, dass die kommunale Auftragsvergabepraxis diese Schwächen der kollektiven Selbstregulierung bislang nur begrenzt kompensieren. Wie und wo sie dies aber ansatzweise tut, und was strukturell begünstigende und hemmende Faktoren für entsprechende Lernprozesse

sind, möchten wir nun zusammenfassend erörtern. Ein Schlüssel zum Verständnis sind dabei die vielfältigen Wechselwirkungen: zwischen den Strategien der Akteure der industriellen Beziehungen in der traditionellen Arena und im neuem Experimentierraum; zwischen den Strategien der Verwaltungsakteure und denen der Interessenvertretungen von Beschäftigten und Unternehmen; und schließlich auch zwischen der Neuausrichtung der Auftragsvergabe an Qualitätszielen und der gleichzeitigen Öffnung des Vergaberechts für soziale Ziele. Mit letzterem beginnen wir.

Lernprozesse zu sozialen Kriterien unter dem Primat der Qualität

Die Neuausrichtung der Auftragsvergabe an Qualitätszielen hat in verschiedener Hinsicht prägende Wirkung auch für die Art und Weise, wie die Kommunen mit der Anforderung umgehen, soziale Belange stärker zu berücksichtigen. **Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass die Zielverschiebung und die qualitätsorientierte Reorganisation von Strukturen und Abläufen in der Vergabepraxis auch die sozialverantwortliche Auftragsvergabe begünstigen – nicht im Sinne eines Automatismus, sondern in Verbindung mit weiteren Dynamiken.**

Das hängt zum einen damit zusammen, dass die Öffnung der Entscheidungsprozesse für externe Expertise und verwaltungsexterne Akteure grundsätzlich auch eine Chance für die Akteure der industriellen Beziehung eröffnet hat, sich hier einzubringen. Diese Chance fällt ihnen allerdings nicht in den Schoß, sondern muss von ihnen aktiv eingefordert werden – vor allem durch Lobbyarbeit, Öffentlichkeitsarbeit und Netzwerkbildung.

Hinzu kommt zweitens, dass auch *andere* verwaltungsexterne Akteure jenseits von Gewerkschaften und Unternehmensverbänden im Zuge dieser Öffnung konsultiert werden, die mittelbar jedenfalls auch arbeitsbezogene Standards im Vergabeprozess verankern – wie im Falle der Schulverpflegung die Autor*innen der Fachgutachten, die zum Zweck der qualitätsorientierten Neuausrichtung von Bundes- und Landesregierungen eingeholt werden. Ihr primärer Auftrag ist nicht, arbeitsbezogene Standards in die öffentliche Auftragsvergabe einzubringen, sie tun es aber gewissermaßen als Nebeneffekt – möglicherweise in der Überzeugung, dass die Arbeitsqualität funktionale Voraussetzung für mehr Dienstleistungsqualität ist. Die Öffnung für externe Expertise führt gleichwohl nicht zwangsläufig zu einer stärkeren Berücksichtigung sozialer Kriterien. Gerade der Fall der Berliner Schulverpflegung verdeutlicht, dass dies hoch kontingent, also vom Zusammenspiel einer Vielzahl von Ereignissen und Entscheidungen abhängig, die so auch anders hätten ausfallen können: Etwa wenn es gegen die niedrigen Preisvorgaben keinen zunehmenden Protest sowohl von Eltern als auch vom dafür eigens gegründeten Unternehmensverband gegeben hätte; wenn sich die Berliner Senatsverwaltung in

der Folge nicht für die Einholung eines eigenen Fachgutachtens entschieden hätte; wenn das BMEL zuvor kein bundesweites Fachgutachten in Auftrag gegeben hätte, das hier als Vorlage hätte dienen können; oder schließlich, wenn die Autor*innen des Fachgutachtens ihrer Kalkulation keine Tariflöhne, sondern Marktlöhne zugrunde gelegt hätten.

Ähnliches gilt auch für die ‚angemessenen Preise', auf die sich Zoll und BDSW zwecks Kontrolle der allgemeinverbindlichen Tarifverträge verständigen und damit gewissermaßen von außen einen Standard schaffen, an dem sich auch kommunale Auftraggeber bei der Prüfung unterpreisiger Angebote orientieren können. Denn dass der Zoll und die Arbeitgeberverbände dazu überhaupt Gespräche führen; dass sie sich dabei an einem Beispiel aus einer anderen Branche (Gebäudereinigung) orientieren können; dass der Arbeitgeberverband BDSW diesen Standard auch offensiv nach außen vertritt, und das schließlich mindestens ein Teil der kommunalen Auftraggeber sich ratsuchend an den Arbeitgeberverband wendet – all dies sind Entscheidungen, die so in keiner Durchführungsverordnung stehen oder zwingend auf der Hand liegen.

Aus diesen Beispielen lässt sich schließen, dass die Lernprozesse zur Berücksichtigung sozialer Kriterien keine automatische Begleiterscheinung der qualitativen Wende in der öffentlichen Auftragsvergabe sind, dass diese aber einige günstige Voraussetzungen schafft. Das gilt auch für einen dritten Aspekt, nämlich die zumindest von Teilen der Verwaltungsmitarbeiter*innen geteilte Überzeugung, dass die Berücksichtigung arbeitsbezogener Kriterien letztlich der Qualität der Dienstleistung nützt. Die unterschiedlich starke Ausprägung dieser Überzeugung in den Fachämtern und Vergabestellen scheint uns ein wichtiger Erklärungsfaktor, der auch Unterschiede zwischen einzelnen Fallstudien und zwischen den beiden Branchen zu verstehen hilft. **Die ambitionierteren Ansätze im Bereich der arbeitsbezogenen Kriterien werden jedenfalls tendenziell von denjenigen entwickelt, die einen positiven funktionalen Zusammenhang zwischen Arbeits- und Dienstleistungsqualität herstellen** – zu denken ist etwa an zahlreiche Bemühungen in A-BURG, wo seitens der Verwaltung um der Qualität der Sicherheitsdienstleistungen willen in Bezug auf Pausenzeiten des Personals, Einsatz von Subunternehmen und Arbeitszeitumfang besonders intensiv nach beschäftigtenfreundlichen Lösungen gesucht wird.

Die Bedeutung dieser Überzeugungen der ‚street level market makers' herauszustreichen, heißt nicht, dass das Ausmaß innovativer und kreativer Vorgehensweisen in Bezug auf die sozialen Kriterien letztlich vom Gutdünken der einzelnen Verwaltungsfachkräfte abhängt. Zur Erklärung trägt dieser Befund erst bei, wenn wir uns vor Augen führen, *wodurch* die Verwaltungskräfte diese Überzeugungen ausbilden und warum genau *diese* Überzeugung. Dazu sei hier noch mal

erinnert, wie in Kap. 7 herausgearbeitet, **dass solche Überzeugungen zum positiven Zusammenhang zwischen Qualität der Leistung und Qualität der Arbeit nicht Ausfluss eines traditionellen vergabespezifischen Staatsdiener-Ethos sind. Vielmehr hat sich dies eher in jüngerer Zeit parallel zur und geprägt durch die qualitative Wende herausgebildet.** Diese qualitative Wende erzeugt zwar, soweit wir das auf Basis unserer Einblicke in die Praxis beurteilen können, auf Seiten der Verwaltungskräfte keineswegs flächendeckend den Glauben, dass die Sorge um gute Arbeitsbedingungen auch im Bereich einfacher Dienstleistungen zu den Aufgaben des Staates als ‚Guter Dienstleister' gehört. Vielmehr werden diese Überzeugungen eher durch individuelle politische Einstellungen sowie durch entsprechende politische Impulse von Kommunen oder übergeordneten Stellen gestützt. **Das Leitbild des ‚Guten Dienstleisters' ist aber insofern polyvalent: Es erlaubt solchen Überzeugungen in dieser spezifischen Weise, nämlich in Form einer funktionalen Begründung, ‚anzudocken' und soziale Kriterien zu rechtfertigen.**

Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass die qualitative Wende nicht nur positive, sondern ambivalente oder widersprüchliche Effekt hat für die Berücksichtigung sozialer Kriterien. Denn zum einen wirkt das Primat für die Qualität der Dienstleistungen und für die Interessen der Nutzer*innen der Dienstleistungen bisweilen auch als Bremse für ambitioniertere Bemühungen um angemessene Arbeitsbedingungen. Dies ist insbesondere der Fall bei der Schulverpflegung. Denn die von allen gewünschten Qualitätsverbesserungen führen zwangsläufig zu höheren Kosten; gleichzeitig bemüht sich die Verwaltung im Interesse der zahlenden Eltern (und der sozialen Inklusion der Kinder) darum, keine allzu starken Preissteigerungen im Vergleich zum vorherigen, zumeist sehr niedrigen Preisniveau zuzulassen. Dabei wird der Preisanstieg in den meisten Fällen nicht durch zusätzliche öffentliche Subventionen gedämpft, sondern durch eine Preisdeckelung, an der sich die bietenden Unternehmen orientieren müssen. Ob sich damit angemessene Löhne refinanzieren lassen oder nicht, spielt bei diesen Überlegungen typischerweise keine Rolle. Ergebnis sind weniger ‚Marktpreise' als vielmehr ‚Wunschpreise', die sich recht weit unterhalb dessen bewegen, was von wissenschaftlicher Seite als auskömmlicher Preis ermittelt wurde. Und auch in Bezug auf die abgeforderten Arbeitszeiten orientieren diese sich typischerweise einseitig an den Nutzerbedarfen, auch wenn diese Beschäftigten-Interessen zuwiderlaufen mögen. Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses wird üblicherweise vollständig an die Firmen delegiert, die intern allerdings typischerweise keine Verhandlungspartner auf Seiten der Beschäftigten haben, die deren Interessen geltend machen könnten. Dies gilt auch für die Branche der Sicherheitsdienstleistungen, trotz ihrer insgesamt hohen Tarifbindung, denn auch hier fehlen in der Regel Betriebsräte, die

etwa bei der Entwicklung von beschäftigtenfreundlichen und gesetzeskonformen Lösungen für die Pausenzeiten helfen könnten.

Neben solchen Spannungsverhältnissen zwischen den Interessen von Nutzer*innen und Beschäftigten fällt zudem ein Kontrast ins Auge: Die zum Teil sehr innovativen und aufwendigen Herangehensweisen bei der qualitätsorientierten Reorganisation der Auftragsvergabe, wie in Kap. 8 beschrieben, kontrastieren mit deutlich schwächer ausgeprägten Aktivitäten der Verwaltung in Bezug auf arbeitsbezogene Standards. Auch dies gilt insbesondere für die Schulverpflegung. Selbst im Fallbeispiel BERLIN führt der dortige perfektionistische Umgang mit Rechtsunsicherheit, der auch vergaberechtliche Hürden zugunsten einer besseren Essensqualität zu überwinden hilft, eben nicht dazu, dass man hier verwaltungsseitig ähnlich viel Expertise und Energie in bessere Lösungen in punkto Arbeitsbedingungen investiert. Selbst die bloße Anwendung externer – in diesem Fall von der Landespolitik gesetzter – Lohnstandards wird hier durch handwerkliche Fehler verschleppt. Dass die Stadt dennoch als Sonderfall gelten kann, in der auch im Bereich der Schulverpflegung in der öffentlichen Auftragsvergabe eine ernstzunehmende zweite Arena der Lohnsetzung entstanden ist, hat vielmehr mit der langen Geschichte entsprechender politischer Initiativen zur Tariftreue zu tun, die von einem zunehmend breiten Akteursbündnis getragen werden und als starkes politisches Mandat letzten Endes auch auf das Verwaltungshandeln einwirken.[41] Auch was die Kontrollen anbelangt, und dies gilt in beiden Segmenten, sind die Unterschiede zur Kontrollen der Dienstleistungsqualität deutlich: **Während die Vergabestellen und Fachämter, wie in Kap. 8 gezeigt, durch eine Reihe von Maßnahmen auch während der Vertragslaufzeit Ansätze eines kommunalen ‚Co-Managements' der Qualitätsproduktion entwickeln, lässt sich gleiches für die Kontrolle der ohnehin begrenzteren arbeitsbezogenen Auflagen nicht sagen.**

Binden also die hohen Transaktionskosten für die qualitätsorientierte Vergabe auch Ressourcen, die für soziale Kriterien fehlen? Ja und Nein. Denn immerhin kann – wie insbesondere das Beispiel A-BURG zeigt – die mit viel Aufwand betriebene, perfektionistische Herangehensweise in punkto qualitätsorientierte Vergabe auf Seiten von kommunaler Politik und Verwaltung auch die nötige Bereitschaft und Übung erzeugen, die Spielräume bezüglich sozialer Kriterien auszuschöpfen oder sogar auszudehnen. Das Gegenbeispiel BERLIN zeigt zugleich, dass beides nicht zwingend miteinander verbunden ist; die Maximierung vergaberechtliche Expertise ist also keine hinreichende Voraussetzung. Und sie ist auch keine zwingende

[41] Generell fällt auf, dass in beiden Kommunen (Berlin und A-BURG), die sich in unserem Sample, aber wohl auch bundesweit, in verschiedenen Hinsichten als Vorreiter einer sozialverantwortlichen Vergabepraxis charakterisieren lassen, auch von politischer Ebene immer wieder entsprechende Impulse gesetzt werden.

Voraussetzung: Auch weniger aufwendige, *pragmatische* Varianten im grundsätzlichen Umgang mit Rechtsunsicherheit, bringen zugunsten sozialer Kriterien zum Teil innovative und risikobereite Entscheidungen hervor, die sich in der Grauzone des vergaberechtlich zulässigen bewegen.

Wechselwirkungen zwischen traditioneller Arena der industriellen Beziehungen und neuem Experimentierraum

Bislang haben wir auf Seiten der administrativen Praxis nach begünstigenden und hemmenden Faktoren für die sozialverantwortliche Auftragsvergabe gesucht, die die vergleichsweise schwächer ausgeprägten Bemühungen um arbeitsbezogene (versus qualitätsbezogene) Standards erklären können. Diese spiegeln aber nicht nur schwächere Anreize innerhalb des politisch-administrativen Systems wieder, sondern auch schwache Anreize und Verstärkungseffekte aus der Systemumwelt – in diesem Fall aus dem System der industriellen Beziehungen. Unsere Analyse der detaillierten kommunalen Praktiken und Strategien der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe in diesem Kapitel bestätigt jedenfalls tendenziell die Annahme, die wir zu Beginn dieses Kapitels formuliert haben, nämlich zum ***komplementären*** **Verhältnis von Auftragsvergabe und kollektiver Selbstregulierung. Das bedeutet, dass Neigungen und Fähigkeiten kommunaler Akteure zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe wenigstens** ***auch*** **vom Willen und den Handlungskapazitäten zur kollektiven Selbstregulierung auf Seiten der Akteure der industriellen Beziehungen abhängen. Ein Grundgerüst an kollektiver Selbstregulierung in der Sicherheitsbranche legt insgesamt im Vergleich zum Schulcatering auch eine bessere Basis für kommunale Strategien der vergabespezifischen Arbeitsregulierung.** Im Schulcatering hingegen fehlt diese Basis; hier drohen solche kommunalen Strategien, wo sie existieren, in ihrer Wirkung zu verpuffen oder jedenfalls abgeschwächt zu werden – siehe wieder den Sonderfall BERLIN. Wir beobachten hier also wechselseitige positive und negative Verstärkungen – oder das, was Doellgast et al. (2018) als Teufelskreis bzw. Tugendkreis bezeichnet haben.

Das hängt zum einem mit den *Tarifstrukturen* zusammen. Wo Tarifverträge eine große Verbreitung besitzen, wie in der Sicherheitswirtschaft, können sie überhaupt erst zu einem wichtigen Bezugspunkt der Vergabepraxis werden. Vergabestellen können sich bei der Kalkulation angemessener Preise an ihnen orientieren; dies erleichtert den Ausschluss unterpreisiger Angebote. Indem die Zahlung von Tariflöhnen zum Vertragsbestandteil zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird, birgt die Unterschreitung von Tariflöhnen zudem das Risiko zusätzlicher privatrechtlicher Sanktionen – sowohl kurzfristige (Vertragskündigung) als auch längerfristige (Ausschluss von künftigen Verfahren). Voraussetzung hierfür sind allerdings effektive Kontrollstrukturen, die weiterhin lückenhaft sind – das gilt

sowohl für die Kontrollen allgemeinverbindlicher Tariflöhne und gesetzlicher Mindestlöhne durch den Zoll (Bosch et al. 2019), als auch für die zusätzlichen Kontrollkapazitäten für öffentliche Aufträge, die bislang nur wenige Kommunen und Länder aufgebaut haben. Und auch dort braucht es, wie am Fall BERLIN gesehen, **Lernprozesse, um geeignete Verwaltungsabläufe zu installieren und die dominante passiv-agnostische Haltung auf Verwaltungsseite zu überwinden, die sich für die Umsetzung und Kontrolle sozialer Kriterien im Wesentlichen auf die klassischen Akteure der industriellen Beziehung verlässt, selbst in Branchen, in denen diese nur rudimentär vorhanden sind.**

Die Wechselwirkungen zwischen alten Arenen des Interessenausgleichs und neuem ‚Experimentierraum' hängen zweitens mit den *infrastrukturellen Ressourcen* von Gewerkschaften und Unternehmensverbänden zusammen. Um jenseits institutionalisierter Beteiligungsrechte ihre Interessen bei der öffentlichen Auftragsvergabe geltend zu machen, bedarf es wie gesehen neuen Wissens um verwaltungsseitige Abläufe (man denke an die Erstellung von Musterausschreibungsunterlagen als wichtigem Ort der Entscheidungsfindung); der Erschließung von narrativen Ressourcen (Öffentlichkeitsarbeit, die an Leitsätze wie „öffentliches Geld nur für gute Arbeit" (BERLIN) anknüpft); dem Aufbau eigener vergaberechtlicher Expertise zwecks Beratung von Kommunen, oder der Zusammenarbeit mit anderen Organisationen und Initiativen (Elternvertreter*innen; entwicklungspolitische Organisationen), die in Vertretung von Konsument*innen oder auch Produzent*innen öffentlich eingekaufter Güter und Dienstleistungen ebenfalls eine Abkehr von der Billigpreisvergabe einfordern. Aufbau und Mobilisierung dieser Ressourcen erfordern aber eben nicht nur Kreativität, sondern auch Zeit bzw. Personal – dies stößt vor allem auf Seiten der Gewerkschaften ver.di und NGG jedoch auf Grenzen, mit ihrer insgesamt sehr dünnen Personaldecke, die wiederum im Mitgliedermangel auch und gerade in den beiden untersuchten Wirtschaftssegmenten begründet ist.

Demgegenüber besser aufgestellt ist der Arbeitgeberverband BDSW in der Sicherheitswirtschaft, der zwar auch nur über wenig personelle Ressourcen verfügt, aber auch über ein deutlich kleineres Aufgabenspektrum als seine Verhandlungspartner auf Gewerkschaftsseite. Dass der BDSW vergleichsweise viel Energie in die Erziehung der Verwaltung zum ‚Guten Auftraggeber' investiert – anders als etwa der Unternehmensverband in der Schulverpflegung – lässt sich wiederum auf sein starkes Eigeninteresse an der Professionalisierung und dem damit verbundenen Image-Wandel der Branche zurückführen. Denn Zweifel an der Seriosität von privaten Sicherheitsdienstleistungen können gerade in diesem Wirtschaftssegment, in dem es um Aufträge an der Grenze zu hoheitlichen Aufgaben geht, sehr grundlegend

die Legitimität der externen Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in Frage stellen und damit das gesamte Geschäftsmodell untergraben. In diesem Kontext besitzen Tarifverträge jenseits ihres materiellen Nutzens auch eine symbolische Dimension, die zur Abgrenzung und Ausgrenzung von unseriösen Anbietern genutzt wird. Zur Durchsetzung dieser Tarifverträge – aber auch anderer Abgrenzungsmerkmale – versucht der BDSW ein entsprechendes Nachfrageverhalten von Seiten der privaten wie öffentlichen Auftraggeber zu stimulieren.

Insofern gibt es hier durchaus objektive Interessenüberschneidungen zwischen Arbeitgeber- und Beschäftigtenseite, insbesondere was die adäquate Berücksichtigung und Einhaltung tarifvertraglicher Standards anbelangt. Dass es dennoch bislang nicht zu einer Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaften gekommen ist, liegt auch an dem Schatten, den die von Misstrauen und Konflikten geprägten Muster der Interaktion in den ‚alten' Arenen der industriellen Beziehungen werfen. Trotz faktischer Interessenüberschneidungen verfolgen die Akteure daher weitgehend getrennte und nicht-koordinierte Strategien, anders als auf der von solchen Konflikten stärker entlasteten europäischen Ebene, wo die einschlägigen Dachverbände auf Unternehmensseite (CoESS) und auf Seiten der Gewerkschaften (Uni Europa) seit langem in dieser Frage kooperieren.

Mit Blick auf den von hier genutzten Machtressourcen-Ansatz legen unsere Befunde eine Weiterentwicklung in drei Hinsichten nahe:

- *Erstens* bedarf es einer stärkeren Einbeziehung der Machtressourcen und Strategien der Arbeitgeberseite zur Erklärung etwa von Branchenunterschieden bei der Arbeitsregulierung. Während der Machtressourcenansatz solche Unterschiede in erster Linie auf die unterschiedlichen Stärken der arbeitnehmerseitigen Akteure zurückführt, macht im vorliegenden Fall insbesondere die höhere Organisations- und Handlungsfähigkeit der *arbeitgeberseitigen* Akteure in der Sicherheitsbranche einen Unterschied – nicht nur in den alten Arenen, sondern wegen der skizzierten Wechselwirkungen und positiven Verstärkungseffekte auch im neuen Experimentierraum. Dies ist keineswegs selbstverständlich; denn auch die Interessenverbände der Arbeitgeberseite, die aufgrund der struktureller Machtasymmetrie zwischen Kapital und Arbeit grundsätzlich durchsetzungsfähiger sind, stehen unter den gewandelten Rahmenbedingungen in vielen Branchen vor erheblichen Schwierigkeiten, gemeinsame Interessen von miteinander konkurrierenden Verbandsmitgliedern zu formulieren (Behrens 2018; Culpepper 2021).
- *Zweitens* sind, anders als dies konzeptionell unter anderem von Doellgast et al. (2018) gefasst wird, die Machtressourcen der Arbeitgeberseite nicht unbedingt

das spiegelverkehrte Gegenstück zu den Machtressourcen der Arbeitnehmerseite (je geringer diese, desto höher jene). Das liegt daran, dass wir es hier nicht mit der klassischen bilateralen Verhandlungskonstellation, sondern mit einer trilateralen Konstellation zu tun haben, in der sich die Interessen von beauftragten Firmen und Beschäftigten partiell überschneiden können – und dann auch ein handlungsfähiger Arbeitgeberverband mit seinen Mitteln durchaus im Interesse der Beschäftigten handeln kann, selbst wenn man sich nicht auf eine gemeinsame Vorgehensweise mit der Arbeitnehmerseite verständigt.

- *Drittens* schließlich unterstreichen unsere Befunde die Bedeutung von Expertise – hier vor allem: branchenspezifisches Marktkenntnisse und vergaberechtliches Wissen – als weitere wichtiger Ressource, die auch und gerade an den bürokratischen Schauplätzen der Entscheidungsfindung jenseits einer breiten öffentlichen Aufmerksamkeit die ‚Währung' (Culpepper 2011) der Wahl ist, um Ermessensentscheidungen zu beeinflussen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verwaltung diese Expertise von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden nicht ignoriert – ob aus mangelnder Kenntnis von geeigneten Ansprechpartner*innen oder aus der Befürchtung heraus, zulasten von Steuerzahlern und Verbrauchern von den Interessen der Produzentenverbände vereinnahmt zu werden (‚state capture'). Auch wenn letzteres natürlich nie ausgeschlossen werden kann, erscheint es auch für den Aufbau tragfähiger Kooperationsbeziehungen zwischen allen Beteiligten im ‚Gewährleistungsstaat' zweckmäßiger, die interessierte Expertise der verschiedenen Seiten einzuholen und explizit abzuwägen. Wie jedenfalls einzelne unserer Beispiele veranschaulichen, lassen sich so auch Schnittmengen zwischen den verschiedenen Interessen identifizieren (Beispiel: Preissetzung in der Berliner Schulverpflegung) und Lernprozesse durch Interaktionen zwischen Akteuren der industriellen Beziehungen und Vergabestellen anstoßen (Beispiel: Umgang mit Subunternehmen von Sicherheitsdienstleistern in A-BURG). Es fehlt allerdings bislang an geeigneten Strukturen und Kommunikationskanälen, insbesondere zu den Gewerkschaften hin, die solche Lernprozesse verbreitern und verstetigen könnten. Unter anderem darin liegt eine Aufgabe für die Weiterentwicklung der Vergabepraxis, die den Anspruch des Staates als ‚Guter Auftraggeber' einlösen kann.

Literatur

Ansorge, V. (2017). *Gemeinschaftsverpflegung in Berlin. Erarbeitet im Rahmen des Projektes Joboption Berlin.* Berlin: ArbeitGestalten Beratungsgesellschaft mbH.

Arens-Azevêdo, U. & Tecklenburg, M. E. (2012). *Beurteilung der Kosten- und Preisstrukturn für das Bundesland Berlin unter Berücksichtigung des Qualitätsstandards in der Schulverpflegung. Teil 1: Preis- und Kostenbeurteilung. Studie im Auftrag der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft Berlin* (HAW, Hrsg.). Hamburg.

Artus, I. (2010). Interessenhandeln jenseits der Norm: Ein deutschfranzösischer Vergleich betrieblicher Interessenvertretung in peripheren und prekären Wirtschaftssegmenten. *Industrielle Beziehungen*, *17*(4), 317–344.

Bahl, F. (2014): *Lebensmodelle in der Dienstleistungsgesellschaft*. Hamburg: Hamburger Edition HIS.

Behrens, M. (2018). Structure and competing logics: the art of shaping interests within German employers' associations. Socio-Economic Review, 16(4), 769–789.

Benvegnú, C., Haidinger, B. & Sacchetto, D. (2018). Restructuring Labour Relations and Employment in the European Logistics Sector. In V. Doellgast, N. Lillie & V. Pulignano (Hrsg.), *Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe* (S. 83–103). Oxford: Oxford University Press.

Bispinck, R. & WSI-Tarifarchiv. (2017). *Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik*. Düsseldorf: WSI

Birke, P. (2010). *Die große Wut und die kleinen Schritte. Gewerkschaftliches Organizing zwischen Protest und Projekt* (Dt.-sprach. Ausg). Berlin: Assoziation A.

Böhlke, N. (2015): *Tariftreue: Synopse der Kontrollregelungen in den Ländern* (Stand: März 2015). WSI-Tarifarchiv 2015. Düsseldorf: HBS.

Bosch, G., Hüttenhoff, F. & Weinkopf, C. (2019). *Kontrolle von Mindestlöhnen.* Wiesbaden: Springer Fachmedien.

Briken, K. (2011). *Produktion von „Sicherheit"? Arbeit im Bewachungsgewerbe.* (Arbeit und Soziales Arbeitspapier 222). HBS, Düsseldorf.

Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft. [BMEL]. (2019). *DGE-Studie zu Kosten- und Preisstrukturen in der Schulverpflegung (KuPS).* Berlin.

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2016). *Die Schattenseiten des Auftragsbooms in der privaten Sicherheit.* Bad Homburg (Pressemitteilung vom 10.6.2016).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2019). *Sicherheitsbranche – Allgemeinverbindlichkeit stärkt Tarifbindung*. Bad Homburg (Pressemitteilung vom 4.4.2019).

Bundesverband der Sicherheitswirtschaft [BDSW]. (2020). *Sicherheitswirtschaft in Deutschland* (Stand 1. Dezember 2020). Bad Homburg.

Christliche Initiative Romero [CIR]. (2019). *Arbeitsrechtsverletzungen auf dem Teller? Nein Danke! – Aktion 2020 Faires Schulessen Berlin.* Online-Petition.

Culpepper, P. D. (2011). *Quiet politics and business power. Corporate control in Europe and Japan.* Cambridge: Cambridge University Press.

Culpepper, P. D. (2021). Quiet Politics in Tumultuous Times: Business Power, Populism, and Democracy. *Politics & Society*, *49*(1), 133–143.

Deutsche Gesellschaft für Ernährung [DGE]. (2010). *Kostenstrukturen in der Schulverpflegung. Bonn.* https://www.in-form.de/fileadmin/Dokumente/Materialien/Broschuere__Kostenstrukturen.pdf.

Deutscher Gewerkschaftsbund [DGB] Berlin-Brandenburg (2013). Gute Arbeit für Gutes Essen. Positionspapier des DGB-Bezirks Berlin-Brandenburg und der DGB-Region Berlin zur Reformdebatte über das Berliner Schulessen (19.3.2013). Berlin.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband [DEHOGA]. (2015). Deutschlands Caterer. Die Fachabteilung Catering im DEHOGA stellt sich vor. Berlin. https://www.dehoga-bundesverband.de/fileadmin/Startseite/01_UEber_uns/05_Fachabteilungen/05_Catering/DEHOGA_Catering_BS-A4_2015_WEB.pdf.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband [DEHOGA]. (2017). Gemeinschaftsgastronomie in Deutschland. Berlin. https://www.dehoga-bundesverband.de/fileadmin/Startseite/06_Presse/Publikationen/Broschuere_FAGG_2017.pdf.

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband [DEHOGA]. (2020). *DEHOGA-Zahlenspiegel*, IV/2019. Berlin. https://www.dehoga-bundesverband.de/fileadmin/Startseite/04_Zahlen___Fakten/07_Zahlenspiegel___Branchenberichte/Zahlenspiegel/DEHOGA_Zahlenspiegel_4._Quartal_2020.pdf.

Deutscher Bundestag (2018). *Beauftragung von Subunternehmern – vergaberechtlicher Rahmen.* (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, WD 7 – 3000 – 242/18). Berlin. https://www.bundestag.de/resource/blob/592124/463d42f62c0843f9f5f8f1f35462f756/wd-7-242-18-pdf-data.pdf.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag [DIHK]. (2018). Fachkräfte gesucht wie nie! DIHK-Arbeitsmarktreport. Berlin: DIHK.

Dickens, L. (Hrsg.). (2012). *Making Employment Rights Effective. Issues of Enforcement and Compliance.* Oxford: Oxford University Press.

Doellgast, V., Lillie, N. & Pulignano, V. (Hrsg). (2018). Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe. Oxford: Oxford University Press.

Ellguth, P. & Kohaut, S. (2015). Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2014. *WSI-Mitteilungen*, *68*(4), 290–297.

Ellguth, P. & Kohaut, S. (2019). Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2018. *WSI-Mitteilungen*, *72*(4), 290–297.

Ellguth, P. & Kohaut, S. (2020). Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2019. *WSI-Mitteilungen*, *73*(4), 278–285.

FAIRgabe-Bündnis Berlin (2019). *Verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe in Berlin – Kompetenzstelle und Aktionsplan als erste konkrete Schritte – Berücksichtigung im Doppelhaushalt 2020/2021.* http://www.fairgabe.berlin/wp-content/uploads/2019/08/2019-08_stellungnahme_fairgabe_-final.pdf.

Ferber, T. (2015). *Bewertungskriterien und -matrizen im Vergabeverfahren. Wie erziele ich ein optimales Zuschlagsergebnis?* Köln: Bundesanzeiger Verlag.

Frege, C. & Kelly, J. (Hrsg.). (2004). *Varieties of unionism. Strategies for union revitalization in a globalizing economy.* Oxford: Oxford University Press.

Haipeter, T. & Dörre, K. (2011). *Gewerkschaftliche Modernisierung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Herten-Koch, R. (2014). *Wer trägt die Beweislast für eine mögliche Mindestlohnunterschreitung bei einem Angebot mit niedrigen Stundenverrechnungssätzen?* (Vergabeblog.de Nr. 19121, 25/05/2014). https://www.vergabeblog.de/2014-05-25/wer-traegt-die-beweislast-fuer-eine-moegliche-mindestlohnunterschreitung-bei-einem-angebot-mit-niedrigen-stundenverrechnungssaetzen-vk-suedbayern-beschl-v-14-02-2014-z3-3-3194-1-43-1213/.

Hertwig, M. & Wirth, C. (2021). *Praktiken der Onsite-Werkvertragsnutzung in Deutschland*. Rainer Hampp Verlag.

Hirschmann, N. (2016). *Sicherheit als professionelle Dienstleistung und Mythos. Eine soziologische Analyse der gewerblichen Sicherheit*. Wiesbaden: Springer VS.

Huland, D. (2012). Der Mindestlohn und die Gebäudereinigung. Vorgabe kalkulatorischer Untergrenze unzulässig – Eine Handreichung. *VergabeNavigator*, (3), 5–8.

Jaehrling, K., Wagner, I. & Weinkopf, C. (2016). *Reducing precarious work in Europe through social dialogue* (IAQ-Forschung 2016-03). IAQ, Universität Duisburg-Essen. https://doi.org/10.17185/duepublico/45779.

Kalina, T. & Weinkopf, C. (2015): *Niedriglohnbeschäftigung 2013: Stagnation auf hohem Niveau.* (IAQ-Report 2015-03). IAQ, Universität Duisburg-Essen. https://doi.org/10.17185/duepublico/45723.

Kienbaum Consultants International (2019). Gutachten zur Evaluierung des Tariftreue- und Mindestlohngesetzes für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg. Düsseldorf

Lévesque, C. & Murray, G. (2010). Trade union cross-border alliances within MNCs: disentangling union dynamics at the local, national and international levels. *Industrial Relations Journal*, *41*(4), 312–332.

Maack, K., Haves, J., Homann, B. & Schmid, K. (2013). *Die Zukunft des Gastgewerbes. Beschäftigungsperspektiven im deutschen Gastgewerbe* (Personalarbeit im Betrieb 188). Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.

Marique, Y. & Wauters, K. (2018). La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics. *Marchés et Contrats Publics*, (1), 57–88.

Mrozowicki, A., Bembič, B., Kall, K., Maciejewska, M. & Stanojević, M. (2018). Union Campaigns against Precarious Work in the Retail Sector of Estonia, Poland, and Slovenia. In V. Doellgast, N. Lillie & V. Pulignano (Hrsg.), *Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe* (S. 144–165). Oxford: Oxford University Press.

Müller-Jentsch, W. (2017). *Strukturwandel der industriellen Beziehungen. ‚Industrial Citizenship' zwischen Markt und Regulierung* (2. Aufl.). Wiesbaden: Springer VS.

Müller-Jentsch, W. (2016). Konfliktpartnerschaft und andere Spielarten industrieller Beziehungen. *Industrielle Beziehungen*, *23*(4), 518–531.

Murray, G., Lévesque, C., Morgan, G. & Roby, N. (2020). Disruption and re-regulation in work and employment: from organisational to institutional experimentation. *Transfer: European Review of Labour and Research*, *26*(2), 135–156.

Mustchin, S. & Martínez Lucio, M. (2020). The evolving nature of labour inspection, enforcement of employment rights and the regulatory reach of the state in Britain. *Journal of Industrial Relations*, *62*(5), 735–757.

Olschok, H. (2008). Aktuelle Herausforderungen in der Tarifpolitik: Mindestlohn für das Sicherheitsgewerbe? In W. Kluth, M. Müller & A. Peiler (Hrsg.), *Wirtschaft – Verwaltung – Recht. Festschrift für Rolf Stober* (S. 101–116). Köln/München: Heymann.

Rehder, B. (2016). Konflikt ohne Partnerschaft. Arbeitsbeziehungen im Dienstleistungssektor. *Industrielle Beziehungen, 23*(3), 366–373.

Salot, M. (2018). *Das Gastgewerbe in Bremen – eine dynamische Branche mit schwierigen Arbeitsbedingungen.* Arbeitnehmerkammer Bremen. https://www.arbeitnehmerkammer.de/politik/wirtschaft-infrastruktur/gastgewerbe.html.

Schmalz, S. & Dörre, K. (Hrsg.). (2013). *Comeback der Gewerkschaften? Machtressourcen, innovative Praktiken, internationale Perspektiven.* Frankfurt [u. a.]: Campus.

Schmalz, S., Ludwig, C. & Webster, E. (2018). The Power Resources Approach: Developments and Challenges. *Global Labour Journal*, *9*(2), 113–134.
Schröder, C. & Weinkopf, C. (2017). *Arbeitsbedingungen in der Fluggastkontrolle – zwischen hoheitlichen Befugnissen und fehlender Wertschätzung*? (IAQ-Forschung 2017-05). IAQ, Universität Duisburg-Essen. https://doi.org/10.17185/duepublico/45804.
Schulten, T., Bispinck, R. & Lübker, M. (2021). *Tarifverträge und Tarifflucht in Thüringen.* (WSI-Study 26). Düsseldorf: WSI. https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_studies_26_2021.pdf.
Senatsverwaltung Integration, Arbeit und Soziales Berlin [SenIAS]. (2017a). *Gemeinschaftsverpflegung in Berlin. Ein Report* (Erarbeitet im Rahmen des Projektes ‚Joboption Berlin'). https://www.arbeitgestaltengmbh.de/assets/projekte/Joboption-Berlin/Report-Gemeinschaftsverpflegung-Web.pdf.
Senatsverwaltung Integration, Arbeit und Soziales Berlin. [SenIAS]. (2017b). *Können öffentliche Ausschreibungen Einfluss auf die Beschäftigungsbedingungen in der Gebäudereinigung und Schulverpflegung nehmen*? Dokumentation des Fachdialogs vom 13. November 2017b. Erstellt im Rahmen des Projektes Joboption Berlin. https://www.arbeitgestaltengmbh.de/assets/Uploads/2011-11-13-Dokumentation-FD-Vergabe.pdf.
Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betrieb [SenWEB]. (2017). *Vergabebericht 2016.* Vorlage zur Kenntnisnahme. Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/0651 vom 10.11.2017. Berlin.
Siebenhüter, S. (2014). Der Betrieb als Projekthaus – Wie Werkverträge die Arbeitswelt verändern. *WSI-Mitteilungen*, *67*(4), 306–310.
Silver, B. J. (2003). *Forces of labor. Workers' movements and globalization since 1870.* Cambridge: Cambridge University Press.
Statistisches Bundesamt (2021). 7,8 Millionen Niedriglohnjobs im April 2021. Pressemitteilung Nr. 586 vom 20. Dezember 2021.
Stettes, O. (2010). Gewerkschaften im Catering. *Gewerkschaftsspiegel – Institut der Deutschen Wirtschaft*, (3), 4.
Stiehm, C. & Weinkopf, C. (2021). Tarifkonflikte und innovative Gewerkschaftspolitik im Wach- und Sicherheitsgewerbe in NRW. *Industrielle Beziehungen*, *28*(3), 239–259.
Stolz, B. (2018). § 47 VgV. In J. Ziekow & U.-C. Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Teil 4, Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit, Verordnung über die Vergabe von Konzessionen, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Unterschwellenvergabeordnung, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste: Kommentar* (3. Aufl., S. 1288–1293). München: C.H. Beck.
Summa, H. (2016). § 47 VgV. In W. Heiermann, C. Zeiss & H. Summa (Hrsg.), *JurisPK-Vergaberecht. GWB, VgV, SektVO, KonzVgV* (5. Aufl.). Saarbrücken: Juris Saarbrücken.
Tecklenburg, M. E., Arens-Azevêdo, U. & Alber, R. (2010). *Umsetzung der Qualitätsstandards in der Schulverpflegung. Eine Beurteilung der Kostenstrukturen.* Hamburg: HAW.
Tecklenburg, M. E., Arens-Azevêdo, U., Papenheim-Tockhorn, H., Belke, L. & Klein, S. (2019). *Studie zu Kosten- und Preisstrukturen in der Schulverpflegung (KuPS) Abschlussbericht*. Berlin: DGE.

VergabeFokus (2017). „Wer höhere Qualitätsstandards in der privaten Sicherheitswirtschaft fordert, der muss seine Ausschreibungen auch entsprechend gestalten!". Interview mit Andreas Paulick, BDSW. VergabeFokus 1/2017, 9–11.

Vosko, L., Grundy, J. & Tucker, E. et al. (2017). The compliance model of employment standards enforcement: An evidence-based assessment of its efficacy in instances of wage theft. *Industrial Relations Journal* 48(3), 256–273.

Weil, D. (2018). Creating a strategic enforcement approach to address wage theft: One academic's journey in organizational change. *Journal of Industrial Relations*, 60(3): 437–460

Weil, D. (2019). Understanding the Present and Future of Work in the Fissured Workplace Context. *RSF: The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, *5*(5), 147.

Wright, E. O. (2000). Working-Class Power, Capitalist-Class Interests, and Class Compromise. *American journal of sociology*, *105*(4), 957–1002.

10 Fazit: Repolitisierung der ‚tiefen' Vermarktlichung – das Beispiel öffentliche Auftragsvergabe

10.1 Doppelbewegung: ‚Tiefe' Vermarktlichung und Repolitisierung

Die Entwicklungen in der öffentlichen Auftragsvergabe lassen sich, wie dieses Buch zeigt, einerseits als Lehrstück für den übergreifenden Trend der Vermarktlichung begreifen, der selbst in bereits marktförmig organisierten gesellschaftlichen Teilbereichen wie der öffentlichen Auftragsvergabe eine Intensivierung von Wettbewerbsprinzipien befördert hat. Nur stichwortartig sei hier daran erinnert, wie die öffentliche Auftragsvergabe ab dem Beginn der 1990er-Jahre einer Neuausrichtung unterzogen wurde, die wir als *‚Vermarktlichung im Modus der Verrechtlichung'* bezeichnet haben (s. Kap. 3): durch die gesetzliche Verankerung der öffentlichen Auftragsvergabe im Wettbewerbsrecht anstelle des Haushaltsrechts; durch die Einführung des Bieterschutzes und, damit verbunden, neuer verrechtlichter Verfahren des Konfliktaustrags; schließlich durch eine Expansion und Verdichtung des europäischen Regelwerks, welche die Spielräume in Gesetzgebung und Vergabepraxis der europäischen Mitgliedstaaten zugunsten der Förderung des ‚Wettbewerbs als Institution' eingeschränkt haben.

Dieser Wandel ging wohlgemerkt nicht allein auf vergabespezifische Impulse der europäischen Institutionen zurück, sondern verband sich mit einem Wandel übergreifender wirtschaftlicher und politischer Rahmenbedingungen – die Rezession der 1970er-Jahre; Sparzwänge infolge des globalen Steuersenkungswettbewerbs; die europäische Binnenmarktstrategie; schließlich die Transformation in Osteuropa. All dies hat in Deutschland wie auch in anderen Mitgliedstaaten seit Langem die wettbewerbliche Ausschreibung und Vergabe nach dem niedrigsten Preis legitimiert und ließ sie zu einem viel genutzten Instrument werden, gerade im Bereich wenig komplexer Dienstleistungen. Die europäische Gesetzgebung

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7_10

und Rechtsprechung fiel hier insofern auf fruchtbaren Boden und fand zumindest in Teilen von Politik, Rechtsprechung und Wirtschaft Alliierte, die diesen Wandel auch aktiv unterstützten und vorantrieben.

Der grundlegende Unterschied zwischen aktuellem Status quo und der Situation vor den 1990er-Jahren besteht daher in erster Linie in einer starken *Verrechtlichung* der Auftragsvergabe und den daraus erwachsenden *institutionellen Restriktionen* für eine Vergabepolitik und -praxis, die neue Wege jenseits der Niedrigpreisvergabe beschreiten will. Sie gesellen sich zu den bereits zuvor bestehenden *budgetären Restriktionen* und der weitverbreiteten Praxis sparsamer Auftragsvergabe hinzu. Just in dem Moment, als in Deutschland im Laufe der 1990er-Jahre mit den ersten Tariftreueregelungen für das Baugewerbe eine andere Richtung eingeschlagen werden sollte, wurden vergabespezifische Regeln ausbuchstabiert und ein dichteres Netz von Instanzen zu ihrer Kontrolle und Durchsetzung geschaffen, die solchen und weiteren Ansätzen zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe enge Grenzen setzten. Mit feinmaschigen Vorschriften zur Verfahrenswahl, zur Zulässigkeit von Eignungs- und Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen; zur Frage, wie man Qualität misst, ob und wie man zweifelhafte Angebote ausschließen oder den Einsatz von Subunternehmen beschränken darf, ist hier ein dichtes Korsett an Regeln entstanden, das staatliche Einkäufer größeren Beschränkungen unterwirft als privatwirtschaftliche Einkäufer. Eben aufgrund seiner hohen Marktmacht wurde der Staat auf diese Weise in die Pflicht genommen, den Wettbewerb um öffentliche Aufträge in perfektionistischer Weise zu organisieren und die ‚öffentlichen Märkte' so vielen interessierten Bietern wie möglich zu öffnen.

Diese Analyse verdeutlicht auch den Wert einer Forschungsperspektive, die wir als *politische Mikroökonomie der Vermarktlichung* bezeichnet haben (s. Kap. 1). Sie zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass sie dem ‚engineering' von Märkten, also der Feinsteuerung marktförmiger Prozesse – beispielsweise der Ausgestaltung von Vergabeverfahren – hohe Aufmerksamkeit widmet. Auch innerhalb der neuen Regelungsarchitektur gibt es durchaus noch nennenswerte Gestaltungsspielräume für Vergabeverfahren, die den Preisdruck für Anbieter unterschiedlich stark akzentuieren können; dies belegen unsere Fallstudien. Wettbewerb ist also nicht gleich Wettbewerb. Im Falle der öffentlichen Auftragsvergabe hat die marktliberale Feinsteuerung die Gestaltungsspielräume jedoch stark bürokratisiert. Diese Variante der ‚neoliberalen Bürokratisierung' (Hibou 2015) wirft wie gesehen erhebliche Hürden für eine Vergabepraxis auf, die sich von der Strategie der Billigpreisvergabe zu entfernen versucht.

All dies erscheint daher in erster Linie als weiterer Beleg für eine Entwicklung seit den 1990er-Jahren, die Brenner et al. (2010) als Phase der ‚tiefen Neoliberalisierung' („deep neoliberalization") bezeichnet haben. Im Unterschied zur vorhergehenden Phase („disarticulated neoliberalization") ist ihr Kennzeichen eine Konsolidierung neoliberaler Konzepte durch supranationale, multilaterale, aber auch (sub-)nationale rechtlich-institutionelle Arrangements. Dieses weltumspannende marktliberale Regelwerk orchestriert die weiterhin vielfältige „regulatory experimentation" über Ländergrenzen hinweg und setzt starke Anreize zugunsten kontextspezifischer Adaptionen und Ausbuchstabierungen neoliberaler Ideen. Die beschriebene ‚Konstitutionalisierung' des Wettbewerbsprinzips in der Vergabepolitik und seine institutionelle Befestigung durch eine Vielzahl an Detailregeln und neuen rechtlichen Kontrollinstanzen lässt sich als vergabespezifische Variante einer solchen ‚tiefen Neoliberalisierung' einordnen.

Und doch ist dies nur ein Teil des Bildes. Denn der rote Faden, der sich durch unsere Befunde zieht, ist trotz allem eine *Doppelbewegung* von Vermarktlichung und ‚Einbettung' (Polanyi) zugunsten gesellschaftlicher Ziele jenseits bloßer ökonomischer Freiheitsrechte. So setzte in *Gesetzesentwicklung* und Rechtsprechung nahezu zeitgleich zur Vermarktlichung auch eine ‚Sozialpolitisierung' der Auftragsvergabe ein (Kap. 4). Zum Teil erfolgte dies in direkter Reaktion auf europäische Gesetzgebung und ‚juridische Europäisierung', also auf die Vermarktlichung mithilfe des europäischen Fallrechts; zum Teil war dies gespeist aus einem davon weitgehend unabhängigen, übergreifenden Trend zur ‚Hybridisierung' des Systems industrieller Beziehungen, also zur Anreicherung und Stützung kollektivvertraglicher Standards durch staatliche Interventionen. In der *Vergabepraxis* kommen sich insbesondere die durch die ‚neoliberale Bürokratisierung' erzeugten rechtlichen Detailvorschriften auf der einen Seite und die qualitative Wende auch beim Einkauf einfacher Dienstleistungen auf der anderen Seite in die Quere. Diese qualitative Re-Orientierung besitzt Schnittmengen zu den Bemühungen seitens politischer Akteure, Gewerkschaften und auch Arbeitgeberverbände, die öffentliche Auftragsvergabe zur Stärkung von Tarifnormen und Gewährleistung guter Arbeitsbedingungen zu nutzen.

Hier greifen also verschiedene, partiell voneinander unabhängige Trends ineinander, die quer zu Vermarktlichungstendenzen liegen. Sie unterstreichen den einleitend konstatierten Bedarf nach einer ‚Dezentrierung' (Leitner et al. 2007; Bevir 2016) der Analyse vom Neoliberalismus, welche Ursachen und Effekte von eigendynamischen Trends quer zur neoliberalen Marktregulierung stärker berücksichtigt.

Dass sich im Falle der öffentlichen Auftragsvergabe solche Trends querstellen, ist keineswegs selbstverständlich. Denn viele vergabespezifische Entscheidungen

sind von den üblichen demokratischen Beteiligungsverfahren und öffentlicher Aufmerksamkeit weitgehend abgeschirmt. Dies gilt bereits für die gesetzlichen Reformen der Vergabepolitik, die aufgrund ihrer eher verdeckten verteilungspolitischen Implikationen und der sperrigen wettbewerbsrechtlichen Materie nicht unbedingt zu den Kernthemen des politischen Parteienwettbewerbs und der medialen Berichterstattung zählen. Dies gilt noch mehr für Entscheidungen in der Vergabepraxis und der Rechtsprechung, welche zwar durch formale Verfahren unter Beteiligung staatlicher Akteure (Gerichte, Verwaltungen), aber typischerweise wenig öffentliche Aufmerksamkeit gekennzeichnet sind. Und dies gilt erst recht für die informellen Normen des vergabespezifischen ‚Soft Law' in Form von Leitfäden und Best-Practice-Sammlungen, die zum Teil auch von nicht-staatlichen Akteuren produziert werden. Diese Rahmenbedingungen sollten diskrete ‚quiet politics' (Culpepper 2011) zugunsten einer marktliberalen Ordnung eigentlich erleichtern (Greer und Doellgast 2017; Greer und Umney 2022).

Die Befunde unserer Untersuchung verdeutlichen jedoch, dass die Annahme einer durchgehenden Intensivierung von Marktprinzipien mithilfe de-politisierter, technokratischer und (halb-)privatisierter Entscheidungsprozesse zu kurz greift. Das liegt zum einen daran, dass die Interessen ‚der' Wirtschaft heterogener sind als diese Annahme unterstellt und keineswegs unisono dem Abbau von Wettbewerbsbeschränkungen gelten, sondern sich jedenfalls teilweise im wohlverstandenen Eigeninteresse an der Absicherung des eigenen Geschäftsmodells (s.a. Fligstein 2011) auf die Unterbindung eines ruinösen Preiswettbewerbs richten können, wie der Fall der Sicherheitsdienstleistungen illustriert. Und es liegt zum anderen daran – und dies ist der zweite rote Faden, der sich durch unsere Befunde zieht – dass es über alle Schauplätze der Entscheidungsfindung hinweg zu einer Politisierung – im Sinne einer Infragestellung, Pluralisierung und Konkurrenz der dort produzierten Normen durch politische und zivilgesellschaftliche Akteure – kommt. Der Weg zur De-Intensivierung des Preismechanismus und damit zu Korrekturen der neoliberalen Marktordnung führt offensichtlich auch und wesentlich über eine solche Repolitisierung von Entscheidungen zur Marktsteuerung.

Dieser Politisierung an den verschiedenen Schauplätzen der vergabespezifischen Entscheidungsfindung gilt daher für den Rest dieser Zusammenfassung das Hauptaugenmerk.

10.2 ‚Variegated de-marketization': Erscheinungsformen und Entwicklungsdynamiken nicht-neoliberaler Politik und Praxis

Zahlreiche Studien thematisieren mittlerweile, dass und wie neoliberale Konzepte in den unterschiedlichsten gesellschaftlichen Teilbereichen mit alternativen Entwürfen sozialer Ordnung kollidieren und (re-)politisiert werden (u. a. Schmalz und Dörre 2013; Larner 2014; Sternberg und Anderson 2014; Beveridge und Naumann 2014; Doellgast et al. 2018; Blühdorn und Deflorian 2021). Sie richten den Blick dabei allerdings überwiegend auf Gewerkschaften, andere zivilgesellschaftliche Organisationen, soziale Bewegungen und lokale Bündnisse als Träger solcher Strategien der Gegenmobilisierung; mithin auf Akteure, die typischerweise nicht die politischen Machtzentren besetzen, sondern sich ‚von unten' und ‚außen' gegen die Zumutungen neoliberaler (Post-)Politik zur Wehr setzen. Es steht außer Frage, dass diese Akteure wichtige Veränderungsimpulse an das politische System herantragen, wie auch unsere Studie belegt – etwa mithilfe des vergabespezifischen ‚Soft Laws', mit dem auch nicht-staatliche Akteure die Vergabepraxis zugunsten verschiedener ‚strategischer' Ziele zu beeinflussen suchen; oder über öffentlichkeitswirksame Proteste gegen negative Effekte des intensiven Preiswettbewerbs (schlechte Essensqualität, Übergriffe gegen Flüchtlinge durch Sicherheitskräfte).

Wenig Aufmerksamkeit kommt in diesem Zusammenhang hingegen bislang der *Repolitisierung verteilungspolitischer Fragen in den politischen Machtzentren* zu – also in der Gesetzgebung, im Regierungs- und Verwaltungshandeln, in der Rechtsprechung, mithin an wichtigen Schauplätzen, an denen formelle und informelle Normen zur Marktsteuerung gesetzt werden. Diese Leerstelle adressiert unsere Studie. Sie beleuchtet die vielfältigen Formen der Politisierung vergabespezifischer Entscheidungen und zeigt dabei, wie äußerer Druck sowie Konflikte und Lernprozesse innerhalb des politischen Systems ineinandergreifen und Vergabepolitik und -praxis aus dem einseitigen Zugriff der verrechtlichten Vermarktlichung lösen.

Für diese Veränderungsprozesse schlagen wir hier daher den Begriff ‚variegated de-marketization'[1] vor. So paradox dies auf den ersten Blick erscheinen mag, baut dieser Begriff in zentralen Punkten auf das von Neil Brenner et al. (2010)

[1] Bezeichnenderweise fehlt es sowohl im Deutschen als auch im Englischen an einem gebräuchlichen Antonym für Vermarktlichung im Sinne einer De-Intensivierung des Preismechanismus in grundsätzlich marktförmig verfassten Transaktionen. Soweit in seltenen Fällen überhaupt der Ausdruck ‚Entmarktlichung' oder ‚de-marketization' verwendet wird, verweist er zumeist auf nicht-marktförmige Organisationsformen, etwa staatliche anstelle

ausgearbeitet Konzept der „variegated neoliberalization" auf. Mit ihm wenden sich die Autoren gegen die Vorstellung einer Konvergenz weltweiter Markt- und Gesellschaftsordnungen in einer wie immer gearteten ‚reinen' Form des Neoliberalismus und unterstreichen stattdessen den „incomplete, experimental and ultimately polymorphic character of neoliberalization processes, as well as their endemically path-dependent character during each successive wave of regulatory restructuring" (Brenner et al. 2010, S. 217).

Mit der Betonung der Pfadabhängigkeit und der historisch kontingenten, kontextspezifischen und kumulativen Entwicklungsdynamiken[2] und den daraus resultierenden ‚buntgemusterten' („variegated") Entwicklungsverläufen und Erscheinungsformen des „actually existing Neoliberalism" (Peck et al. 2018), geht es den Autoren dabei weniger darum, unterschiedliche Varianten zu identifizieren und damit die begrenzte Prägekraft des Neoliberalismus zu belegen. Im Gegenteil: Das Konzept zielt darauf, die Resilienz des Neoliberalismus, seine weltweite Expansion und kontinuierliche Vertiefung durch seine Anpassungs- und Wandlungsfähigkeit zu erklären. Gewissermaßen ‚verunreinigende' Konzessionen an je kontextspezifische bestehende Ordnungen und alternative Entwürfe sind damit *konstitutiv* für real existierende Manifestationen neoliberaler Konzepte. Die in der Phase der ‚tiefen Neoliberalisierung' entstandenen Regelwerke und die dichten Netzwerke, die die transnationale Diffusion neoliberaler Konzepte erleichtern, sorgen dabei dafür, dass das Ergebnis der kontinuierlichen „regulatory experimentation" bei aller Unvollständigkeit, Instabilität und Widersprüche („intensely contradictory blending of neoliberal and extra-neoliberal elements", Brenner et al. 2010, S. 2016) dominant neoliberal bleibt.

Mehrere Fragen bleiben dabei aber weitgehend ausgeklammert: zum einen, woher die „extra-neoliberal elements" stammen und wie genau sie Eingang in die buntgemusterte regulatorische Wirklichkeit finden – ob durch machtbasierte Aushandlungsprozesse oder auch durch andere Lern-, Sozialisations- und Nachahmungsprozesse, wie sie die Autoren als Kennzeichen der ‚variegated neoliberalization' beschreiben. Und zum anderen, ob und unter welchen Bedingungen die neoliberale Hegemonie dadurch auch gebrochen werden kann. Die Autoren beantworten diese Fragen gewissermaßen ex negativo: Ebenso wenig wie sich der Neoliberalismus mit einem Schlag durchgesetzt habe, gelte selbst nach der Finanz- und Wirtschaftskrise, dass „no big-bang failure of neoliberal rule is

von privatwirtschaftlicher Dienstleistungsproduktion oder nicht-kommerzielle private Transaktionen (z. B. Kraemer und Nessel 2011).

[2] Die Autoren nehmen dabei Rekurs auf den historischen Institutionalismus und das dort entwickelte Konzept des ‚layering' – das sich auch bei unserer Analyse der Gesetzesentwicklung als fruchtbar erwies (s. Kap. 2).

imminently expected" (Peck 2013, S. 153). Wenn überhaupt, würde eine solche Umkehr der Entwicklung ähnliche Formen und Dynamiken annehmen wie die ‚variegated neoliberalization': „On the contrary, if the current 'great crash' does indeed herald any alternatives to deep neoliberalization, we may likewise expect them to assume intensely variegated, unevenly developed forms" (Brenner et al. 2010, S. 219).

Eben diese hypothetischen Überlegungen sollen hier mit dem Begriff der ‚variegated de-marketization' aufgegriffen werden. In Analogie zum Konzept der ‚variegated neoliberalization' umreißt dieser Begriff eine *Forschungsagenda, die sich für die Entwicklungsdynamiken und Erscheinungsformen real existierender Ansätze einer nicht-neoliberalen Politik und Praxis interessiert, – ohne zugleich die Effekte der ‚tiefen Neoliberalisierung' oder auch 'tiefen Vermarktlichung' außer Acht zu lassen.* Dem Begriff eingelagert sind auch die Annahmen zu den mannigfaltigen Diffusionswegen (nicht-)neoliberaler Konzepte, auf die sich die Autoren stützen (institutionelle Anreize von supranationaler Ebene; horizontale Lern- und Nachahmungsprozesse; aufwärts verlaufende Impulse in politischen Mehrebenensystemen); ebenso ihre Thesen zum historisch kontingenten und kumulativen, auf verschiedene Schauplätze verteilten und zeitlich gestreckten Charakter von Veränderungsprozessen; schließlich auch ihre Absage an die Vorstellung eines Entwicklungsendpunkts (Konvergenz in einer ‚Reinform') und stattdessen die Betonung der Prozesshaftigkeit des Neoliberalismus – bzw. hier: die Prozesshaftigkeit seiner Alternativen. Der Begriff der ‚variegated de-marketization' unterscheidet sich also in erster Linie durch einen anderen Analyse-Fluchtpunkt vom Begriff der ‚variegated neoliberalization': Im Fokus stehen nicht die Prozesse, die die Verdichtung und Perpetuierung des Neoliberalismus bewirken, sondern diejenigen Prozesse, die alternativen Entwürfen zur Geltung verhelfen, mögen diese auch partiell, für sich genommen unscheinbar, widersprüchlich und allenfalls durch den kumulativen Effekt verschiedener regulativer Experimente an verteilten Orten und über einen längeren Zeitraum hinweg zu einer substanziellen Modifikation von neoliberalen Konzepten führen.

Die folgenden Ausführungen sollen diesen Begriff anhand unserer Befunde empirisch unterfüttern. Sie verdeutlichen zugleich, dass ein elementarer Bestandteil eben dieser Prozesse der ‚variegated de-marketization' – und damit schließt sich der Kreis zum Beginn dieses Abschnitts – eine *Repolitisierung verteilungspolitischer Entscheidungen* ist, die sich nicht nur auf Protestbewegungen und Nischenexperimente mit alternativen Lebens- und Wirtschaftsformen stützt, sondern auch auf Aushandlungs- und Lernprozesse an den zentralen Schauplätzen der Entscheidungsfindung. Am Beispiel der Auftragsvergabe wollen wir damit

den Blick schärfen für eine *andere* Rolle von Politik und Recht im demokratischen Kapitalismus, *jenseits ihrer Verstärkerfunktion für Marktzwänge,* die viele Studien bereits ausführlich und zutreffend beschrieben haben. Dies dient dazu, das endemische Veränderungspotential heutiger demokratisch verfasster Gesellschaften aufzuspüren, anstatt das aktuelle Geschehen vorwiegend im Zeichen eines baldigen ‚big bang' zu interpretieren.

10.3 Gesetzgebung: Regulative Experimente und Lernprozesse

10.3.1 Entwicklungsdynamiken: Kumulativ, kontingent, verteilt und ‚variegated'

Auch für die Gesetzesentwicklung in der öffentlichen Auftragsvergabe gilt, dass einzelne Krisen und Reformpakete für sich genommen keine Richtungsumkehr bewirkt haben – nicht die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 und auch nicht die Vergaberechtsreform von 2014, die oftmals als Paradigmenwechsel zugunsten der Verankerung sozialer Ziele porträtiert worden ist. So wie die ‚variegated neoliberalization' gestützt auf die langjährige, sukzessive Konstitutionalisierung der ökonomischen Grundfreiheiten allgemein und über verschiedene Etappen der vergabespezifischen ‚Vermarktlichung im Modus der Verrechtlichung' zur Entfaltung kam, haben auch die gegenläufigen Bemühungen über einen langen Zeitraum an *vielen verteilten, interdependenten Schauplätzen* zu Konflikten und Konfliktlösungen geführt, die sich erst *kumulativ und aufeinander aufbauend* zum Muster einer ‚variegated de-marketization' fügen. Jeder einzelne dieser Konflikte ist durch ein *kontingentes Zusammenspiel* verschiedener Faktoren gekennzeichnet und mündet in *‚buntgemusterten' Konfliktlösungen,* die ihrerseits wieder Anknüpfungspunkte für die nachfolgenden Runden bieten, über die der Konflikt ausgetragen wird.

- *Verteilte, interdependente Schauplätze:* Relevante Entscheidungen werden nicht nur im engeren Politikfeld der Vergabepolitik getroffen; die Auseinandersetzungen um die Sozialpolitisierung der Vergabe waren und sind vielmehr Teil eines mehrere Politikfelder und politische Ebenen übergreifenden Konflikts um die Frage, wie mit der nachlassenden Kraft des traditionellen Repertoires zur kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes, mit dem daraus resultierenden Lohndruck innerhalb der Mitgliedsländer und auch den Interessenkonflikten zwischen den Marktteilnehmern aus ‚Hochlohn-' und

'Niedriglohn'-Ländern im europäischen Binnenmarkt umzugehen ist. Entscheidungen und Rechtsauslegungen zur Entsenderichtlinie haben sich damit wie gesehen ebenfalls auf die Vergabegesetzgebung ausgewirkt. Von größter Bedeutung in Deutschland sind zudem bis heute die Wechselwirkungen zwischen Vergabepolitik und den Auseinandersetzungen zum staatlichen Mindestlohn sowie zur Stärkung der Tarifbindung. So wurden die neuen vergabespezifischen Mindestlöhne in Deutschland nicht nur wegen ihrer unmittelbaren Schutzwirkung für den begrenzten Bereich der öffentlichen Aufträge eingeführt, sondern auch um ihrer symbolischen Dimension willen zunächst als Wegbereiter eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes, und nach dessen Einführung 2015 als Vorreiter eines *armutsfeste(re)n* allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, wie er derzeit auf der politischen Tagesordnung in Deutschland wie auch auf europäischer Ebene steht.

- *Historisch kontingentes Zusammenspiel:* Neben dem europäischen Krisenmanagement im Gefolge der Staatsschuldenkrise haben weitere, davon unabhängige Entwicklungen (Flüchtlingskrise und ihr politisches Echo in euroskeptischen Parteien und Regierungen) letztlich eine Revitalisierung des 'Sozialen Europas' begünstigt; und dies hat seinerseits wiederum die Reform der Entsenderichtlinie grundiert und der Kritik am marktliberalen Fallrecht des EuGHs zusätzliche Legitimation verliehen.
- *Rekursiv, kumulativ und aufeinander aufbauend:* Parallel zu seiner vermarktlichenden Ausdeutung von Primär- und Sekundärrecht hat der EuGH mit einigen Urteilen bereits früh erste Grundsteine für eine Korrektur der asymmetrischen Integrationslogik gelegt – gegen noch weitergehende marktliberale Vorstellungen der Europäischen Kommission. Diese wurden in der ersten Vergaberichtlinie von 2004 kodifiziert. Das erleichterte wiederum expansive regulative Experimente auf nationaler Ebene, welche ihrerseits Impulse für die erneuten Revisionen der europäischen Vergaberichtlinie im Jahr 2014 gaben (Sack und Sarter 2018a). Diese Revisionen haben den asymmetrischen Kompromiss von 2004 ein Stück weiter zugunsten sozialer Kriterien geöffnet.
- *'Buntgemusterte' Konfliktlösungen:* Die europäische Vergaberechtsreform von 2014 war einerseits durch die Programmatik von *Europa2020* grundiert, in der als (paradoxe) Antwort auf die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 ein gesteigertes Grundvertrauen in die allokative Effizienz des Marktes zum Ausdruck kam, sodass hier zum Schutz des Wettbewerbsprinzips gewissermaßen alte Zäune befestigt wurden (v. a. der 'Bezug zum Auftragsgegenstand'). Zugleich ist es einer breiten Allianz von politischen Parteien und zivilgesellschaftlichen Organisationen gelungen, gegen den Widerstand großer Mitgliedstaaten wie

Deutschland und der Europäischen Kommission wichtige Pflöcke zugunsten einer (auch sozial) nachhaltigen Auftragsvergabe einzuschlagen.

Insgesamt summieren sich die Vergaberichtlinien von 2004 und 2014, die nationalen regulatorischen Experimente, die revidierte Rechtsprechung des EuGHs seit 2016 und schließlich die neue Entsenderichtlinie (2018) samt ihrer Umsetzung auf nationaler Ebene zu einem Paradigmenwechsel, oder vielleicht eher: zu einer Art ‚breiten Kipp-Punkt'. Denn auch im aktuellen Stand der Gesetzgebung quo liegt schließlich kein ‚reiner' Gegenentwurf zur vermarktlichten Auftragsvergabe vor. Die Konkurrenz unterschiedlicher Integrationslogiken des europäischen Projekts ist damit also nicht beendet. Aber diese Konkurrenz ist nun auch institutionell stärker abgesichert als zuvor und eröffnet dadurch mehr Gestaltungsspielräume. In diesem Sinne sprechen wir von einer ‚Institutionalisierung der Gleichzeitigkeit von Vermarktlichung und Sozialpolitisierung'.

10.3.2 Politisierung von ‚innen' und ‚außen'

Während sich die Vermarktlichung wesentlich gestützt auf Akteure, Verfahren, Strategien und Doktrinen des Rechtssystems vollzog, spielen für die einzelnen Etappen und Verbreitungswege der ‚variegated de-marketization' die Akteure, Verfahren, Strategien und Programme des politisch-administrativen Systems eine große Rolle. Durch sie ist es gelungen, vergabepolitische Entscheidungen, die lange Zeit im Schatten der öffentlichen Aufmerksamkeit und zum guten Teil auch jenseits demokratisch-partizipativer Verfahren verhandelt wurden, zu repolitisieren, also einer Neuverhandlung unter Beteiligung eines breiteren Kreises von Akteuren und unter Berücksichtigung eines heterogeneren Zielspektrums zuzuführen.

Dies schließt klassische Strategien wie das *politische Lobbying* von Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften und zivilgesellschaftlichen Organisationen ein – zu erinnern ist hier an ihr aktives Lobbying auf supranationaler Ebene bei der Vergaberechtsreform 2014; oder an die transnationale Koordination nationaler gewerkschaftlicher Lobbying-Strategien, die das Abstimmungserhalten der jeweiligen Mitgliedsländer rund um die jüngste Reform der Entsenderichtlinie 2018 zu beeinflussen suchten; oder schließlich die Kampagnen auf nationaler Ebene zur Einführung staatlicher Lohnvorgaben, die auch den Rahmen für die Praxis der Auftragsvergabe neu abstecken. Diese externen Akteure nutzen also aktiv

die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel, um ihre Interessen in den politischen Prozess einzuspeisen und darüber auf eine Veränderung des vermarktlichten Regelwerks hinzuwirken.

Ihre Impulse entfalten aber erst in Verbindung mit Eigendynamiken und Lernprozessen in den Zentren der Entscheidungsfindung ihre Wirkung. Hier schlägt sich zum einen der *Parteienwettbewerb* nieder: Treibende Kraft bei der Sozialpolitisierung waren insbesondere Parteien des linken politischen Spektrums – sowohl bei der Vergaberechtsreform auf europäischer Ebene als auch, bis zum heutigen Tag, bei den regulativen Experimenten zu Vergabemindestlohn und Tariftreue auf (sub)nationaler Ebene. Diesbezüglich bestätigt, ergänzt und aktualisiert unsere Analyse andere Arbeiten (Sack 2010; Sack und Sarter 2018b). Die Rolle der SPD – und damit vom Parteienwettbewerb insgesamt – erscheint hier in einem deutlich anderen Licht als etwa bei Greer und Umney (2022), die unter dem Eindruck der tragenden Rolle sozialdemokratischer Parteien in Europa bei vermarktlichenden Reformen (u. a. aktivierende Arbeitsmarktpolitik) die Träger für neue „non-market orders" weniger im Parteiensystem verorten (parteiinterne Lernprozesse, neue politische Mehrheiten), sondern außerhalb dessen, etwa auf Seiten der Gewerkschaften.

Während Parteienwettbewerb und Lobbying klassische Bestandteile politischer Willensbildungsprozesses sind, in denen das bestehende Regelwerk in offene Konkurrenz zu alternativen Entwürfen gerät, kommen in der Vergabepolitik auch *Formen der verdeckten Gegenwehr* zum Tragen, die in der jüngeren politik- und rechtswissenschaftliche Debatte zum Einfluss der europäischen Rechtsprechung auf die Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten thematisiert worden ist: Dabei geht es um verschiedene Ausweichbewegungen in Reaktion auf Entscheidungen des EuGHs, die sich im Zwischenraum von offener ‚Non-Compliance' und ‚Eins-zu-eins'-Umsetzung bewegen. Sie zielen darauf, die realen Auswirkungen kontroverser EuGH-Urteile einzudämmen (Martinsen 2015; Hofmann 2018). Während in der Literatur Uneinigkeit darüber besteht, inwieweit es den Mitgliedstaaten dadurch effektiv gelingt, den *Status quo ante* gegen den ‚langen Schatten' (Schmidt 2018) des marktliberalen europäischen Fallrechts zu verteidigen, veranschaulichen unsere Befunde, dass die regulativen Experimente in diesem Schatten auch *neuartige Kombinationen* hervorbringen können. Dies illustriert das Beispiel der Gesetzesinnovation der vergabespezifischen Mindestlöhne in Deutschland in Reaktion auf das Rüffert-Urteil von 2008, die zum Gegenstand einer erneuten rechtlichen Verhandlung wurde (RegioPost-Urteil von 2016) und darüber zu einem von mehreren Schritten in der allmählichen Revision des europäischen Fallrechts. So wie das europäische Fallrecht nicht nur auf direktem, sondern auch

auf verschiedenen indirekten Wegen Einfluss auf die mitgliedstaatliche Gesetzgebung nimmt (Schmidt 2018), führt auch der umgekehrte Weg nicht immer über eine direkte parlamentarische Abänderung der gesetzlichen Grundlagen, auf die sie die Rechtsprechung stützen muss, sondern kann auch zunächst als (sub-) national begrenztes Experiment in rechtlichen Grauzonen und ‚unter dem Radar' der Hüter der asymmetrischen Integrationslogik ihren Anfang nehmen und erst über weitere Etappen im europäischen Mehrebenensystem zu weitreichenderen Änderungen führen.

Eine zentrale Voraussetzung dafür ist dabei, wie das Beispiel veranschaulicht, *erstens* eben der unvollständige, partiell widersprüchliche Charakter der ‚variegated neoliberalization': Selbst in der Hochphase der marktliberalen juridischen Europäisierung, in die auch das Rüffert-Urteil fiel, verkörperte das europäische Fallrecht wie auch die Gesetzgebung eben nicht die ‚reine neoliberale Lehre', sondern beinhaltete auch nicht-neoliberale Ablagerungen, welche Anknüpfungspunkte für andersartige, ‚eigensinnige' Auslegungen des bestehenden Regelwerks boten. *Zweitens* setzt dies Akteure voraus, die auch willens und in der Lage sind, bereits im nationalstaatlichen Rahmen bestehende Spielräume eigensinnig zu nutzen bzw. sie auch in Abweichung von der dominant marktliberalen Ausdeutung zu dehnen.

Im Falle der Vergabepolitik gehen derzeit entsprechende Impulse auch von den sozialdemokratischen Regierungen auf Landesebene aus. Diese waren nach den aktivierenden Arbeitsmarktreformen (‚Hartz-Reformen') um Wiedergewinnung des verlorenen Wählervertrauens und Schärfung ihres sozialen Profils in Abgrenzung zur CDU-geführten Bundesregierung bemüht. Auch dies sind Lernprozesse und Eigendynamiken des politischen Systems. Zu diesen Lernprozessen zählt zudem auch die Aneignung von rechtlicher Expertise: Um die europarechtlichen Spielräume bei der erzwungenen Überarbeitung ihrer Tariftreue-Regelungen auszuloten, holten die SPD-geführten Länder zum Teil umfassende Rechtsgutachten ein. *Die Re-Politisierung führt also auch über eine Verrechtlichung der politischen Auseinandersetzungen.*

10.3.3 Politisierung der Rechtsprechung

Umgekehrt kann aber auch die Normsetzung in der rechtlichen Arena sich den Dynamiken des politischen Konfliktaustrags nicht dauerhaft entziehen. Es bleibt nämlich nicht bei einer mehr oder weniger verdeckten Infragestellung der marktliberalen Prinzipien ‚unter dem Radar' der EuGH-Rechtsprechung; vielmehr ist

es auch zu einer *Politisierung der Rechtsprechung* selbst gekommen, und zwar über mehrere Wege.

Zum einen über *normativen Druck,* der den EuGH zu einer revidierten Rechtsauslegung bewogen hat. Solche Prozesse inkrementeller Anpassungen des Fallrechts, die sich über einen längeren Zeitraum durchaus zu grundlegenden Revisionen summieren können, wurden bereits für den Übergang zu einer strikter ordoliberalen Auslegung des Wettbewerbsrechts beschrieben (u. a. Ergen und Kohl 2019; Foster 2021). Die vergaberelevanten Entscheidungen belegen, dass diese Prozesse sich auch in Richtung einer ‚Sozialpolitisierung' der europäischen Politik bewegen können. Der normative Druck in diese Richtung wurde dabei sowohl von außen als auch von innen an den EuGH herangetragen: über kritische Stellungnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen der EuGH-Urteilsfindung; über die kritische juristische Kommentierung des Laval-Quartetts durch die eigene Zunft, die ganze Bibliotheken gefüllt hat (Garben 2017, S. 33); und schließlich über eine kritischere mediale Berichterstattung zur Rechtsprechung des EuGHs, die auch in wichtigen vergaberelevanten Fällen (‚RegioPost', ‚Elektrobudowa') ihre Wirkung auf die Richter entfaltet hat (Blauberger und Martinsen 2020). Letzteres bestätigt somit auch die von Culpepper (2021) unterstrichene wichtige Rolle der ‚vierten Gewalt' bei der Repolitisierung von ‚quiet politics' (s.a. Blauberger et al. 2018). Das Beispiel belegt, dass normativer Druck zu einem allmählichen Gesinnungswandel unter den Richtern führen kann – wenn auch über interne Debatten und Lernprozesse „behind closed doors" und „over many years and subsequent cases" (Semple 2018, S. 169).

Neben diesen langsamen Lernprozessen unter normativem Druck haben aber auch politisch induzierte Änderungen des supranationalen Regelwerks selbst, also *institutionelle Zwänge,* eine Revision der Rechtsprechung begünstigt. Denn mit der 2009 in Kraft getretenen EU-Grundrechtecharta haben nach langjährigem Streit auch soziale Rechte von Arbeitnehmer*innen einen verfassungsähnlichen Stellenwert erhalten und müssen vom EuGH zusätzlich zu den konstitutionalisierten ökononomischen Grundfreiheiten herangezogen werden. Auch wenn diese Pluralisierung der Rechtsquellen unvollständig (im Sinne von asymmetrisch) blieb (Robin-Olivier 2018), schlug sie sich wie gesehen auch in den Urteilen des EuGHs zur Entsenderichtlinie (‚Elektrobudowa' (2016); ‚Polen vs. Parlament und Rat' (2020)) nieder.

Darüber hinaus hat sich schließlich auch das Rechtssystem selbst zu einem Vehikel für die Politisierung entwickelt, und zwar in Verbindung mit den ‚eigensinnigen' Interpretationen des europäischen Rechtsrahmens auf (sub-)nationaler Ebene. Denn diese veranlassten klagende Unternehmen und nationale Gerichte, die Experimente dem EuGH vorzulegen und das Gericht damit erneut mit

dem Grundsatzkonflikt zu befassen, der bereits beim Laval-Quartett im Zentrum stand. Das gilt für die Gesetzesinnovation der vergabespezifischen Mindestlöhne (‚RegioPost' (2015)), als auch für die finnische Praxis der Ausweitung des Geltungsbereichs tariflicher Lohnvorgaben (‚Elektrobudowa' (2016)). Unter dem Einfluss von normativem Druck und verändertem institutionellen Rahmen erwies sich die Rechtsprechung des EuGHs als unberechenbarer und weniger konsistent marktliberal als von den Klägern vermutlich antizipiert; jedenfalls haben beide Urteile die asymmetrische Integrationslogik, die im 'Laval'-Quartett ihren Ausdruck fand, nicht einfach bestätigt, sondern wichtige Korrekturen daran vorgenommen. Die „strategic litigation" (Kelemen 2011), mithilfe derer Kläger unter Berufung auf europäisches Recht bestehende wettbewerbsbeschränkende Regeln und Praktiken in den Mitgliedstaaten zu Fall bringen wollten, erwies sich so als Bumerang. Es gehört zu den Paradoxien der Geschichte, dass die rechtlichen Verfahren, die von der Europäischen Kommission zwecks Durchsetzung einer stärker wettbewerblichen Auftragsvergabe ins Leben gerufen wurden, auch zum Einfallstor für die stärkere Verankerung von Arbeitnehmerrechten auf europäischer Ebene wurden. So wie die marktliberale Rechtsprechung des EuGHs selbst maßgeblich davon abhängt, dass sie auf nationaler Ebene Alliierte findet, ist umgekehrt auch die korrigierte Rechtsprechung ein Produkt des Zusammenspiels über mehrere Ebenen.

Auch diese Befunde belegen die hohe Bedeutung des Rechtssystems bei der Marktregulierung, unterstreichen jedoch seinen polyvalenten Charakter: Auch die Durchsetzung von Alternativen zur Vermarktlichung führt durch das Rechtsystem hindurch – nicht an ihm vorbei.

10.4 Vergabepraxis: Praktische Experimente beim ‚Street-level Market Making'

Der widersprüchliche Charakter des rechtlichen Regelwerks bedeutet, dass auch bei der *Anwendung* dieses Regelwerks wesentlich mit entschieden wird über die genaue Ausgestaltung von Märkten. Denn dies versetzt die ausführende Politikebene in die Position, bis zu einem gewissen Grad nach eigenem Ermessen zwischen konkurrierenden Zielen abwägen zu können und zu müssen. Ausgehend von der Annahme, dass das traditionelle professionelle Ethos von ‚Staatsdienern' aller Art eher in Distanz steht zur Ökonomisierung des öffentlichen Dienstes, ist die ‚street level bureaucracy' von der Forschung vielfach als potenzieller Ort für eine widerspenstige Praxis in den Blick genommen worden, welche die vermarktlichenden Organisationsvorgaben so weit als möglich im Geiste eines

(nicht-ökonomisch definierten) Gemeinwohls unterläuft oder dehnt. Auch wenn sie lokal begrenzt bleiben und sich nicht in Modifikationen des Regelwerks auf übergeordneter Ebene niederschlagen, können solche Korrekturen auf der Ebene der ‚street-level-operations' einen wesentlichen Unterschied für die Adressat*innen politischer Steuerung machen, wie etwa Clarke et al. (2020) betonen. Die Reichweite solcher praktischen Experimente muss auch nicht unbedingt lokal begrenzt bleiben, wenn es vermittelt über eine ähnliche professionelle Sozialisation und weitere Austausch- und Lernprozesse in der jeweiligen professionellen Gemeinschaft zur horizontalen Diffusion ‚eigensinniger' Praktiken kommt. Auch Brenner et al. (2010, S. 219) halten in ihren hypothetischen Überlegungen zur schrittweisen Unterspülung der neoliberalen Hegemonie die „crystallization of relatively disarticulated, locally embedded forms of opposition" für eines von mehreren möglichen Szenarien.

Die vorliegenden empirischen Befunde ergeben allerdings ein gemischtes Bild. Denn auch die praktischen Experimente finden unter relativ engmaschiger Anleitung und Aufsicht statt – nicht zuletzt infolge der ‚tiefen Neoliberalisierung'. Die Anreize für ‚manageriales' Handeln im Bereich der sozialen Dienstleistungen (über direkte Weisungen, Kennziffernsteuerung und Controlling-Instrumente) finden im Bereich der Auftragsvergabe ihr Pendant im stark gewachsenen Korpus von vergaberechtlichen Detailvorschriften und neuen Kontrollinstanzen (Vergabekammern und Oberlandesgerichte), deren Aufgabe es ist, für die Einhaltung der Detailvorschriften zu sorgen. Auch die praktischen Experimente der Vergabeverwaltung stehen also grundsätzlich unter Beobachtung und können von Bietern angefochten werden, wenn sie in ihren Augen einem transparenten und offenen Wettbewerb schaden. Entscheidend ist dabei nicht nur, wie klagefreudig die bietenden Unternehmen tatsächlich sind, sondern auch, wie stark die Verwaltung solche Klagen antizipiert und durch Verzicht auf neue, bislang unerprobte Verfahren der ‚strategischen' Vergabe zu vermeiden versucht.

Es erscheint dabei überaus plausibel, dass das bürokratische Grundprinzip des rechtskonformen Handelns als Türöffner für eine Vermarktlichung wirkt, welche im Gewand von Rechtsvorschriften daherkommt. Zu den neuen institutionalisierten Restriktionen kommen zudem hergebrachte normative Vorbehalte gegen eine Vergabe nach ‚politischen' oder ‚vergabefremden' Kriterien, die zumindest teilweise auch noch in unseren Interviews mit Verwaltungskräften zum Ausdruck gebracht wurden. Nicht nur der neue Schatten des marktliberalen Rechts kann also die Bereitschaft der Verwaltungskräfte zu praktischen Experimenten zugunsten der sozialen Auftragsvergabe hemmen, sondern auch die Nachwirkungen des traditionellen Leitbilds der apolitischen und sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln, das bereits im prä-neoliberalen Haushaltsrecht verankert war.

Und doch tragen auch hier wie gesehen verschiedene politisierende Impulse zu einer partiellen Re-Orientierung in der Vergabepraxis bei:

- Eine geringe Rolle spielen bislang explizite *politische Mandate* von kommunaler oder Landesebene in Form von Leitbildern oder konkreten Vorgaben zugunsten sozialer Kriterien. Hier klafft nach Wahrnehmung mancher Vergabepraktiker*innen eine deutliche Lücke zwischen gesetzlicher ‚Theorie' und praktikablen Konzepten zur Umsetzung der heterogenen gesetzlichen Zielvorgaben – eine Lücke, die nach ihrer Auffassung stärker durch die Politik gefüllt werden müsste.
- Gefüllt wird die Lücke einstweilen stärker durch die *‚politische Professionalisierung'* (s. Kap. 6). Sowohl politische Akteure (Europäische Kommission, Ministerien) als auch Verbände und Interessenorganisationen produzieren hier Versatzstücke eines neuen Leitbildes des ‚Guten Dienstleisters', das sich im Wesentlichen aus branchenspezifischen Standards guter Dienstleistungen und dem neuen Standard der strategischen Beschaffung zusammensetzt. Dies trägt neue Erwartungen an die Verwaltungspraxis heran; in erster Linie in Bezug auf ökologische Kriterien und Dienstleistungsqualität, in Verbindung damit zum Teil aber auch in Bezug auf die Arbeitsqualität. Was die Eigendynamiken innerhalb des politischen Systems anbelangt, sind hier insbesondere die Prozesse hervorzuheben, die dazu geführt haben, dass soziale Kriterien sich auch im ‚Soft Law' der Europäischen Kommission einen Platz gebahnt haben – obwohl dies ursprünglich von der Kommission konzipiert worden war, um ihre marktliberale Sichtweise ergänzend zu den rechtlichen Interventionen durch Überzeugungsarbeit in der Vergabepraxis zu verankern (s. Abschn. 6.2.1). Das ‚Soft Law' geriet hier in den Sog der starken Politisierung der *gesetzlichen* Entscheidungsprozesse bei der Vergaberechtsreform; sie hatte zur Folge, dass auch in dieser Arena der ‚quiet politics' nun zivilgesellschaftliche Akteure eingebunden wurden, die das neue europäische Recht in Bezug auf die Berücksichtigung sozialer Kriterien expansiver ausdeuteten als die Kommission.
- Unterstützt wird die Reorientierung der Verwaltungspraxis auch durch die *konsultativ-partizipative Öffnung der Verwaltungsverfahren,* die ganz im Einklang mit NPM-Prinzipien den Bürger*innen oder ‚Kund*innen' des öffentlichen Dienstes mehr Mitwirkung einräumen. Dabei finden in den beiden Branchen bislang in erster Linie solche Stimmen Gehör, die im Namen der *Adressat*innen öffentlicher Dienstleistungen* die Dienstleistungsqualität (einschl. ökologischer Kriterien) in den Vordergrund rücken; gelegentlich aber auch solche, die im Namen der *produzierenden Unternehmen und Beschäftigten*

sprechen. Entwicklungspolitische Organisationen, die die Berücksichtigung von Arbeitsstandards in internationalen Lieferketten einfordern, sind hier nach unserem Eindruck bereits etwas stärker eingebunden als Vertreter*innen von Unternehmen und Beschäftigten der beiden lokal erbrachten Dienstleistungen (Schulverpflegung und Sicherheitsdienstleistungen). Auch diese Akteure ‚experimentieren' zwar mit Strategien der politischen Einflussnahme in diesem neuen Handlungsfeld (s. Kap. 8 und 9). Am ehesten ist es dem Arbeitgeberverband in der Sicherheitswirtschaft gelungen, hier gewissermaßen einen Fuß in die Tür zu bekommen und sich als Ansprechpartner für die Verwaltung zu positionieren. Mit der Bereitstellung vergaberechtlicher und marktspezifischer Expertise unterstützt er Kommunen im verbandlichen Eigeninteresse, die kollektivvertraglichen Tarifnormen bei der Auftragsvergabe effektiv anzuwenden und durchzusetzen. Auch die Gewerkschaften beider Branchen bemühen sich vereinzelt um Gehör in den verwaltungsseitigen Entscheidungsprozessen, ihre begrenzten infrastrukturellen Ressourcen setzen ihnen jedoch dafür enge Grenzen. Zudem strahlen die antagonistischen und von Misstrauen geprägten Beziehungen in den Kernarenen des Interessenausgleichs (Tarifverhandlungen und betriebliche Mitbestimmung) auch auf diesen neuen ‚Experimentierraum' aus und verhindern trotz partieller objektiver Interessenüberschneidungen zwischen Arbeitgeber- und Beschäftigtenseite, dass sie ihre Ressourcen in vergabespezifischen Belangen bündeln.

- Hinzu kommt schließlich ein partieller *Wandel des vergabespezifischen Ethos* von Vergabepraktiker*innen, der die bislang dominanten Prinzipien der Sparsamkeit und Wettbewerblichkeit der Vergabe zugunsten von Dienstleistungsqualität und anderen strategischen Zielen relativiert. Neben der politischen Professionalisierung wird dies zum Teil auch durch eigene politische Orientierungen von Verwaltungsmitarbeiter*innen gestützt, die sie beim ‚street-level market making' zu einer Suche nach Lösungen für eine qualitätsorientierte *und* sozialverträgliche Auftragsvergabe motivieren. Die in den Fallstudien zutage getretenen unterschiedlichen Umgangsweisen mit dem vermarktlichten Recht belegen dabei, dass die Orientierung am Prinzip der Rechtskonformität Experimente zugunsten einer Eindämmung des Preiswettbewerbs nicht unterbinden müssen. Denn die Verrechtlichung der Auftragsvergabe weckt auf Seiten mancher Verwaltungskräfte offenbar auch den Ehrgeiz, sich gewissermaßen nicht mit den eigenen Waffen schlagen zu lassen, also sich mit ihrer Verpflichtung auf rechtskonformes Handeln nicht auf ein Handeln festlegen zu lassen, dass nur noch eine Richtung, nämlich ‚mehr Wettbewerb' kennt. Wer zum vergaberechtlichen ‚Perfektionismus' tendiert und sich in das neue Recht tief

einarbeitet, der wagt es mit dieser Expertise auch zugunsten politisch gebotener Ziele die Grenzen des vergaberechtlich Möglichen stärker auszuschöpfen. Ebenfalls experimentierfreudig sind aber auch andere Verwaltungskräfte mit ‚pragmatischen' Haltungen, die auf eine eingehende rechtliche Vorabprüfung ihrer Handlungsspielräume verzichten und eher auf ‚trial and error' setzen.

In gewisser Weise handelt es sich bei diesen verschiedenen politisierenden Momenten um eine ‚leise Politisierung': Im Unterschied zu den ‚noisy politics' von Protestbewegungen oder Kampagnen populistischer Parteien kommen diese Politisierungsprozesse abseits der Gesetzgebung weniger lautstark daher und gewinnen auch erst über einen längeren Zeitraum an Dynamik. Sie sind jedoch wichtige verdichtende Elemente, die den Veränderungsimpulsen der gesetzlichen Reformen erst zur Geltung verhelfen – ohne sie bleiben die neuen gesetzlichen Kompromisse fragil und oberflächlich.

10.5 Sozialpolitisierung der Auftragsvergabe: Defizite und Gestaltungsoptionen

Gemessen am Ziel einer sozialverantwortlichen Auftragsvergabe, die effektiv Standards ‚guter Arbeit' bei den beauftragten Firmen gewährleistet, gibt es sowohl auf gesetzlicher Ebene als auch in der Praxis noch erhebliche Defizite und Gestaltungsbedarfe. Sechs dieser Defizite und Vorschläge zur ihrer Behebung möchten wir hier ansprechen. Eine siebte, sehr fundamentale und über die Auftragsvergabe hinausgehende Grundbedingung sei hier in aller Kürze vorweggenommen: Ohne eine ***Steuer- und Haushaltpolitik,*** die den öffentlichen Auftraggebern die nötigen finanziellen Freiräume verschafft, drohen alle noch so gut gestalteten vergabespezifischen Regelungen zur Makulatur zu werden. Insbesondere nach der Covid-19 Pandemie und zuletzt den absehbaren Belastungen auch öffentlicher Haushalte durch den Krieg in der Ukraine gehören Steuererhöhungen für das obere Einkommensdrittel und einmalige oder dauerhafte Vermögensabgaben, wie sie zu Beginn der Pandemie diskutiert wurden, auf die politische Tagesordnung.

Nun zu den vergabespezifischen Hürden und Gestaltungsoptionen:

1. Zu den Hürden für die Vergabepraxis zählt zum einen eine ***Rechtsprechung,*** die die bestehenden Optionen zum Teil recht restriktiv auslegt – das gilt etwa für die europäische und auch deutsche Rechtsprechung zum Nachunternehmereinsatz (s. Abschn. 9.5.2); oder die Rechtsprechung zum Ausschluss

von Angeboten aufgrund früherer Schlechtleistungen (s. Abschn. 7.1.2). Während die Rechtsprechung auf europäischer Ebene jedenfalls teilweise politisiert wurde, gilt dies für den Alltag der vergaberechtlich relevanten Entscheidungen auf nationaler Ebene kaum. Diese Rechtsprechung engt den gesetzlichen Korridor nicht nur weiter ein, sondern bürdet den Vergabestellen auch umfassende Aufklärungs- und Begründungspflichten auf, wenn sie von den optionalen Regelungen zugunsten einer sozialverantwortlichen Auftragsvergabe Gebrauch machen wollen. Der dadurch verursachte zeitliche Zusatzaufwand dürfte die Experimentierneigung in der Vergabepraxis nicht stärken. Die Rechtsprechung ist dabei durchaus heterogen; es gibt umgekehrt auch Urteile, die Vergabestellen verpflichten, die wenigen obligatorischen Bestimmungen zur Begrenzung des Kostenwettbewerbs (wie der Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote) auch anzuwenden, anstatt sie zugunsten des Sparsamkeitsprinzips oder zugunsten einer schnellen Vergabeentscheidung zu ignorieren.

Will man die Rolle der Rechtsprechung in diesem letztgenannten Sinne stärken, also als Instanz, die die effektive Umsetzung von Bestimmungen zur sozialverantwortlichen Auftragsvergabe nicht ausbremst, sondern unterstützt, erscheinen zwei Dinge hilfreich: Erstens die *Einführung von mehr Soll- und Muss-Regelungen* zugunsten einer fairen Auftragsvergabe, von denen Vergabestellen, wenn überhaupt, nur in gut begründeten Fällen abweichen können. Dies würde nicht nur die Angriffsfläche für die Rechtsprechung minimieren, sondern auch den bürokratischen Aufwand verringern bzw. nach umgekehrten Vorzeichen anordnen: begründungspflichtig und damit zeitaufwendig wäre nun die Außerachtlassung von sozialen Kriterien. Zweitens wäre ein Verbandsklagerecht sinnvoll, das auch den *kollektiven* Interessenorganisationen von Unternehmen und Beschäftigten und weiteren Verbänden Einspruchsmöglichkeiten in Vergabeverfahren gibt (siehe auch Punkt 3 unten). Dies wäre zugleich ein erster Schritt, der die einseitige Stärkung *individueller* Bieterrechte im Zuge der Vermarktlichung korrigiert.

2. Ein weiteres Defizit, das die Experimentierneigung in der Vergabepraxis hemmt, ist das Fehlen eines ***klaren politischen Mandats zugunsten guter Arbeitsbedingungen als eigenständigem und gleichwertigem Ziel neben der Dienstleistungsqualität.*** Zwar hat sich auch ohne dies in der Vergabepraxis wie gesehen zum Teil ein Aufgabenverständnis herausgebildet, welches Bemühungen um eine gute Arbeitsqualität funktional rechtfertigt, also als Voraussetzung für eine gute Dienstleistungsqualität erachtet. Nicht alles lässt sich aber funktional rechtfertigen, im Gegenteil: Zum Teil stehen die Interessen von Beschäftigten und ‚Kund*innen' öffentlicher Dienstleistungen auch in Konflikt zueinander – beispielsweise, wenn es um Service-Zeiten geht,

oder um das Preisniveau (s. das Beispiel Schulessen). Die Suche nach fairen Kompromissen im Umgang mit diesen Dilemmata setzt voraus, dass auch die Interessen der Beschäftigten als gleichberechtigt anerkannt werden. Grundlegend bedarf es daher einer Revitalisierung des Leitbildes vom öffentlichen Dienst als ‚guter Arbeitgeber' oder vielmehr als ‚guter Auftraggeber'. Gute Arbeitsbedingungen sind in diesem Verständnis kein Mittel zum Zweck, sondern ein fairer Gegenwert für die Erbringung wichtiger Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge. Das Bewusstsein, dass auch einfache Dienstleistungen dazu einen wichtigen Beitrag leisten, ist mit Covid-19 sicherlich gestiegen, muss aber gesichert und in konkrete politische Mandate übersetzt werden, um wirksam zu werden. Während es auf kommunaler Ebene mittlerweile zahlreiche Richtlinien, Ratsbeschlüsse und Dienstanweisungen zugunsten der Berücksichtigung von ökologischen Kriterien und fair gehandelten Produkten gibt, fehlt es an entsprechenden klaren Vorgaben zugunsten guter Arbeit in lokal erbrachten Dienstleistungen. Um dies durch Vernetzung lokaler Initiativen, Schulungen und Handlungshilfen zu unterstützen, wäre die *Einrichtung eines nationalen Kompetenzzentrums* für einen sozial nachhaltigen Dienstleistungseinkauf sinnvoll – analog zu den drei bereits existierenden Kompetenzzentren, die schwerpunktmäßig dem ökologischen Einkauf (KNB), dem Einkauf fair gehandelter Produkte (Kompass Nachhaltigkeit) und der innovativen Auftragsvergabe (KOINNO) gewidmet sind.

3. Ausbaubedürftig ist auch die ***Einbeziehung der kollektiven Akteure industrieller Beziehungen.*** Unsere Analyse zeigt an verschiedenen Stellen, dass ihre Mitwirkung an der Ausgestaltung und Umsetzung der sozialverantwortlichen Auftragsvergabe nützlich sein kann und legitim ist– wenn es um Ideen für die realitätstaugliche und vergaberechtskonforme Definition von Dienstleistungsqualität und Arbeitsqualität geht, um Wissen über branchenspezifische Schwachstellen bei Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, um Wissen zu geltenden Tarifnormen. Bislang fließe diese Expertise aber allenfalls punktuell und auf Initiative der Verbände in die Ausgestaltung der Vergabepraxis ein. Hier ist eine systematischere Einbeziehung ratsam, die den Verbänden mindestens eine beratende Rolle bei der Ausgestaltung exemplarischer Vergabeverfahren und der Erarbeitung von Musterausschreibungsunterlagen zugesteht. Voraussetzung hierfür ist zum einen die *Bereitschaft auf Seiten von Politik und Verwaltung, eine solche Einführung (schwacher) korporatistischer Elemente nicht als Einfallstor für Korruption und ‚state capture' zu begreifen, sondern als logische Ergänzung einer Politik, die die Adressaten von Politik und Verwaltung bei der Entscheidungsfindung beteiligen will* – und dazu gehören eben nicht nur die Konsument*innen öffentlicher Dienstleistungen,

sondern auch die Leistungserbringer, also Unternehmen und ihre Beschäftigten sowie deren Interessenorganisationen. Eine zweite Voraussetzung ist, dass die entsprechenden Kapazitäten auf Seiten der Verbände vorhanden sind. Das stellt wie gesehen insbesondere für die Gewerkschaften ein Problem dar, angesichts ihrer geringen infrastrukturellen Ressourcen gerade in den Branchen mit hohem Anteil prekärer Beschäftigung und entsprechend schwacher Mitgliederbasis. Da es aber gerade hier im öffentlichen Interesse liegt, auch gewerkschaftliche Expertise einzubeziehen, um die Schwächen kollektiver Selbstregulierung zu kompensieren und perspektivisch zu mindern, lässt es sich rechtfertigen, hier auch mit öffentlichen Mitteln den Aufbau und Betrieb einer solchen arbeitnehmerorientierten Expertise-Infrastruktur zu unterstützen. Eine Vorlage dafür bieten die Büros des DGB-Projekts ‚Faire Mobilität', die finanziert aus öffentlichen Mitteln Arbeitsmigrant*innen beraten und bei der Durchsetzung ihrer Arbeitnehmerrechte unterstützen. Analog dazu ließen sich *öffentlich ko-finanzierte Beratungskapazitäten* bei den Einzelgewerkschaften oder dem DGB ansiedeln, deren Aufgabe in der Beratung und Schulung von Vergabestellen bestünde.

4. Es fehlt allerdings nicht nur an Wissens-Infrastrukturen sondern auch an ***Kontrollkapazitäten und einem aktiven ‚Ko-Management' von öffentlichen Verträgen*** nach der Zuschlagsentscheidung. Sicherlich lassen sich durch die bislang genannten Maßnahmen bessere Vertragspartner auswählen und bessere Verträge mit den beauftragten Unternehmen formulieren. Es bleibt gleichwohl so, dass in mittlerweile fast allen Branchen auf Unternehmensebene sehr häufig die Akteure fehlen, die aus Beschäftigtenperspektive über die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen wachen (Betriebsräte, gewerkschaftliche Vertrauensleute). Und selbst wo sie vorhanden sind, gibt es keinerlei etablierte Verfahren, durch die Informationen von Betriebsräten, Gewerkschaften oder einzelnen Beschäftigten zu konkreten Normverstößen auch bei den Verantwortlichen in den Vergabestellen landen und dort konsequent nachverfolgt werden. Viel wäre hier vermutlich gewonnen mit einem *Ausbau der Kommunikationskanäle zwischen Verwaltung und Gewerkschaften,* wie oben vorgeschlagen. Es mangelt aber verwaltungsseitig in manchen Kommunen bereits an Kenntnis darüber, wer für die Kontrolle der sozialen Auflagen eigentlich formal zuständig wäre, geschweige denn, wer praktisch in der Pflicht ist. Hier müssen erstens *verwaltungsintern klare Zuständigkeiten* geschaffen werden, die auch nach außen kommuniziert werden und so allen Beteiligten Gelegenheit geben, Missstände an die richtige Adresse zu melden. Denkbar wären hier auch *Ombudsstellen und Meldeportale* auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene, die entsprechende Meldungen entgegennehmen

und intern weiterleiten. Voraussetzung ist zweitens, dass es klare Verfahren und eine *ausreichende Kontrollinfrastruktur* gibt, die stichprobenartig sowie anlassbezogen (auf Basis entsprechender Meldungen oder Verdachtsmomente) die Einhaltung sozialer Kriterien überprüft. Nur wenige Kommunen haben sich hier bereits auf den Weg gemacht und eine entsprechende Kontrollinfrastruktur aufgebaut, die die Arbeit der Zollbehörden (Kontrolle von Schwarzarbeit und Mindestlöhnen) unterstützt und ergänzt. Weil der Auftrag des Zolls nur in der Kontrolle gesetzlicher (Branchen-)Mindestlöhne besteht, nicht aber beispielsweise in der Kontrolle von Vergabemindestlöhnen, oder neuerdings auch konstitutiven Tariftreuebestimmungen (Bestandteil von nicht-allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die durch Vergabegesetze der Länder zur Auflage gemacht werden), führt an dieser Ergänzung kein Weg vorbei, wenn diese Auflagen nicht ins Leere laufen sollen.

5. Darüber hinaus bedarf es auch in der ***Gesetzgebung*** weiterer Reformen. Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung oben bereits angesprochen wurde die Umwandlung von *Kann- in Soll-oder Muss-Vorschriften,* wie dies von Seiten der Gewerkschaften und zum Teil auch der Arbeitgeberverbände (vgl. zuletzt BDSW 2021) mehrfach gefordert worden ist. Dies ist bereits innerhalb des geltenden europäischen Rechtsrahmens möglich – etwa die Umwandlung der Kann-Vorschrift in eine Muss-Vorschrift zum Ausschluss eines Angebots aufgrund eines vorhergehenden nachweislichen Verstoßes gegen geltende sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen (§ 124 GWB). Auch *allgemeine gesetzliche Vorschriften,* die nicht auf das öffentliche Auftragswesen beschränkt sind, können die Situation von Beschäftigten verbessern und sind innerhalb des bestehenden europäischen Regelwerks möglich. Dazu zählen nicht nur höhere gesetzliche Mindestlöhne und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, sondern etwa auch eine gesetzliche Präzisierung und Verschärfung der gesetzlichen Regelungen zum Betriebsübergang, die bei einem Auftragswechsel infolge einer Neuausschreibung das neu beauftragte Unternehmen zur Übernahme der Beschäftigten vom vorhergehenden Auftragnehmer verpflichtet – auch dann, wenn keine Betriebsmittel im wesentlichen Umfang übernommen werden.

   Für weitere Änderungen sind aber auch *Reformen im europäischen Regelwerk* nötig. Dazu zählt insbesondere eine Klarstellung durch die europäischen Vergaberichtlinien, dass öffentliche Aufträge nur an tariftreue Firmen gehen dürfen und dies keine fakultative Regelung bleibt. Dies ist Kern einer gewerkschaftlichen Kampagne der europäischen Dienstleistungsgewerkschaft UNI Europa (UNI Europa 2021; de Spiegelaere 2021), die mittlerweile von einer breiten überparteilichen Gruppe von Mitgliedern des Europäischen Parlaments

unterstützt wird[3]. Noch grundsätzlicher wäre eine *Aufhebung der Restriktionen, die mit dem Kriterium ‚Bezug zum Auftragsgegenstand' verbunden sind.* Dies unterbindet bislang Ausführungsbedingungen oder Auswahlkriterien, die an die allgemeine Unternehmenspolitik anknüpfen. Die Existenz eines Betriebsrates, betriebliche Zusatzversorgungssysteme, Betriebsvereinbarungen zum Einsatz von Subunternehmen, oder eine im Branchenvergleich geringe Quote geringfügiger Beschäftigung im Unternehmen – all das darf nicht positiv bei der Auswahl gewichtet werden, weil es die ‚allgemeine Unternehmenspolitik' betrifft und sich nicht auf die Vertragslaufzeit und das mit der Ausführung beauftragte Personal beschränkt. Dies begünstigt systematisch, dass Bieter im Wesentlichen mit Versprechen in Form von Konzepten für die künftige Vertragslaufzeit konkurrieren und erschwert den Einbezug bereits etablierter und in der Vergangenheit unter Beweis gestellter Unternehmensstrukturen und -praktiken zur Gewährleistung guter Arbeit. Selbst gute Referenzen bei vorhergehenden Aufträgen dürfen lediglich die Teilnahme am Bieterwettbewerb eröffnen, aber nicht in die Wertung der Angebote einfließen. Das sind widersinnige Einschränkungen, denen private Auftraggeber nicht unterliegen.

Wenn der ‚Gewährleistungsstaat' auch aktive Verantwortung für die Arbeitsbedingungen im externalisierten Teil des öffentlichen Dienstes übernehmen will, dann kann das Bestreben, öffentliche Aufträge möglichst offen für die Wettbewerbsteilnahme ausländischer Unternehmen sowie einheimischer KMU zu halten, keine Denkverbote und Regelungen rechtfertigen, die öffentliche Auftraggeber daran hindern mit ihrer Einkaufsmacht Inseln kollektiver Selbstregulierung zu stärken und entsprechende Lücken zu kompensieren.

6. Schließlich ist auch die **Rekommunalisierung** externalisierter Dienstleistungen eine Option, die mancherorts auch faktisch auf der politischen Tagesordnung steht – wie im Fall der Gebäudereinigung in Düsseldorf[4] oder der Schulverpflegung in Rostock[5], oft aus Unzufriedenheit mit mangelnder Dienstleistungsqualität. Die hohen Bürokratiekosten, die das vermarktlichte Recht gerade für solche Ausschreibungen erzeugt, die sich vom Preis als zentralem Auswahlkriterium entfernen möchte, verleihen solchen Überlegungen

[3] siehe https://www.uni-europa.org/news/procuringdecentwork-updated-list-of-mep-endorsements/

[4] siehe https://www.duesseldorf.de/medienportal/pressedienst-einzelansicht/pld/personalrat-der-stadt-duesseldorf-fuer-neuordnung-der-gebaeudereinigung-ausgezeichnet.html

[5] siehe https://www.rostock-heute.de/schulessen-rostock-rekommunalisierung-sodexo/115886

und Ansätzen zusätzliche Plausibilität. Auch dies erfordert allerdings mehrjährige Planungs- und Umsetzungsprozesse, wie die beiden zitierten Beispiele zeigen (s. u. a. Ver.di Berlin-Brandenburg 2020), sowie die Begleitung durch Vertreter*innen der Beschäftigtenseite, um in tatsächliche Verbesserungen der Arbeitsqualität im Vergleich zur Privatwirtschaft zu münden. Wo dies gelingt, könnten solche Rekommunalisierungs-Projekte in Zukunft auch jenseits ihres engeren Einflussbereichs normativen Anpassungsdruck erzeugen und für die verbleibenden öffentlichen Aufträge Maßstäbe setzen.

10.6 Eine Ausnahme, die die Regel bestätigt? Lehren für die Reichweite real existierender, nicht-neoliberaler Politik und Praxis

Es bleibt die Frage, wie verallgemeinerbar die Entwicklungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe sind. War hier dank eines sehr kontingenten Zusammenspiels verschiedener Faktoren eine „exceptional politicisation" am Werk, ähnlich wie sie Höpner und Schmidt (2020) in der jüngsten Reform der Entsenderichtlinie erkennen? Haben wir es hier also nur mit einer von wenigen Ausnahmen zu tun, die die Regel bestätigen, nämlich dass „the ‚natural' tendency of institutional change in capitalism seems to be disorganization, whereas organization seems to require rare "political moments"" (Streeck 2009, S. 241). Ist die ‚Sozialpolitisierung' der Vergabepolitik also möglicherweise bloß ein Ausstellungsstück im Schaufenster für die ‚Sozialisierung' der europäischen Politik nach 2015, mit der gegenläufige Entwicklungen in viel entscheidenderen Fragen – etwa die ‚New Economic Governance' der EU – nur unzureichend kompensiert oder gar verdeckt werden (in diese Richtung Streeck 2018; Jordan et al. 2021)?

Noch grundsätzlicher lässt sich zudem fragen, inwieweit die Entwicklungen in der öffentlichen Auftragsvergabe überhaupt als Ausnahme zu qualifizieren sind und sich damit als Ausstellungstück für eine nicht-neoliberale Politik und Praxis eignen. Die Antwort auf beide Fragen hängt davon ab, welchen Maßstab man anlegt: Wenn man als Ausnahme lediglich die Verwirklichung eines kohärenten Gegenentwurfs zur neoliberalen Gesellschaftsordnung gelten lässt, dann ist auch die Politik und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe davon weit entfernt; und dann ist auch irrelevant, ob es in anderen Politikbereichen ähnliche Entwicklungen gibt. Damit würde man allerdings nach unserem Dafürhalten relevante und ergebnisoffene Dynamiken übersehen, die sich auch nicht auf

die öffentliche Auftragsvergabe beschränken – wie die Politisierung der europäischen Rechtsprechung, die staatlichen Interventionen zur Stützung und Ergänzung der kollektiven Selbstregulierung des Arbeitsmarktes, oder die eigensinnigen Praktiken der ‚street-level-bureaucrats' im Umgang mit ‚vermarktlichenden' Organisationszielen.

Für sich genommen mögen die in diesem Buch geschilderten regulativen und praktischen Experimente in der öffentlichen Auftragsvergabe also unscheinbar, punktuell, unverbunden und halbherzig erscheinen. Sie sind aber in all ihrer Unvollkommenheit Manifestationen einer *real existierenden,* nicht-neoliberalen Politik und Praxis, die sich in der Zusammenschau auch nicht mehr als bloß marginale Korrekturen eines hegemonialen neoliberalen Projekts verstehen lassen. Ihr kleinster gemeinsamer Nenner besteht am ehesten darin, dass sie dem Primat des freien und unbeschränkten Bieterwettbewerbs andere, nicht-ökonomische Zielsetzungen zur Seite stellen. Dieses ‚Zur Seite stellen' ist gewissermaßen konstitutiv für das Muster einer ‚variegated de-marketization': Die Experimente bleiben wie gesehen eingeschrieben in das vermarktlichte Regelwerk und machen daher auch Konzessionen, die die Reichweite und Effektivität der nicht-ökonomischen Zielsetzungen beschränken. Letztere dominieren also keinesfalls mittlerweile das öffentliche Auftragswesen. Am ehestens lässt sich von einem *Patt oder einem dauerhaften, institutionalisierten Nebeneinander widersprüchlicher Ziele* sprechen.

Bis zu einem gewissen Punkt bestätigt und konkretisiert unsere Analyse zur öffentlichen Auftragsvergabe damit die Diagnose von Wolfgang Streeck (2021), dass das Projekt eines globalistischen Neoliberalismus „steckengeblieben" ist, bislang aber auch Bestrebungen zur sozialen Zähmung kapitalistischer Marktkräfte nicht die Oberhand gewonnen haben. Unsere Befunde zeichnen aber ein etwas anderes Bild von diesem „postneoliberale(n) Interregnum" (Streeck 2021, S. 16), von den Akteuren und Interessenkonstellationen, die es aktuell bespielen, und damit auch von den möglichen Auswegen aus dieser Pattsituation. (Spätestens) die Krise von 2008 hat nicht nur zu Formen des Widerstands „von unten" und zur Stärkung von Parteien an den linken und rechten Rändern des Parteienspektrums geführt, welche von den Parteien der Mitte „auf das härteste bekämpft" werden (ebd., S. 142). Sie hat eben auch ihre Spuren in Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung, also in den Zentren der Entscheidungsfindung, hinterlassen. Das gilt nicht nur in Bezug auf die öffentliche Auftragsvergabe, sondern auch auf weitere Reformen der Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik in Deutschland (etwa die Einführung und jüngst beschlossene starke Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns, das Verbot von Werkverträgen in der Fleischindustrie), und lässt sich auch am Umgang der EU mit der COVID-19-Pandemie ablesen. Die Aufnahme gemeinsamer Schulden und die Ergänzung

von Krediten durch Zuschüsse im Rahmen des im Juli 2020 beschlossenen 750 Mrd. EUR schweren Wiederaufbaufonds ‚NextGenerationEU' ist zurecht von vielen als Tabubruch eingestuft worden, der durch die enorme Dimension dieses ökonomischen Schocks sowie seinen ‚unverschuldeten' Charakter begünstigt wurde, aber eben auch durch Lehren aus dem europäischen Management der vorhergehenden Wirtschafts- und Finanzkrise (Alcidi und Corti 2022). Zurecht sind zugleich auch hier der temporäre und halbherzige Charakter (zu geringe Ausstattung, hoher Anteil rückzahlbarer Darlehen anstelle von Zuschüssen) und weitere Schlagseiten beleuchtet worden, die verdeutlichen, dass dieser Schritt allein noch keine Zeitenwende markiert (Howarth und Quaglia 2021; Verdun und Vanhercke 2022). Die wenigsten sehen darin jedoch wie Streeck wieder nur das Werk eines „imperialen Elitenmanagements (…) dem es darum geht, in den Ländern der Peripherie dem Zentrum freundlich gesinnte oder von ihm abhängige Regierungen und politische Fraktionen im Sattel zu halten" (Streeck 2021, S. 382) – übersetzt: ein Projekt zur Stabilisierung der Währungsunion im Interesse der deutschen Exportindustrie mithilfe der Stützung europafreundlicher Eliten in Ländern wie Italien durch billige Darlehen und Zuschüsse.

Auf eine kurze Formel gebracht enthält unsere eigene Analyse, wie auch andere Analysen zu den Geschehnissen in anderen Politikbereichen, viele Grautöne, die gerade zum jüngeren Rand hin an Bedeutung gewonnen haben und die im Schwarz-Weiß-Bild von Streeck[6] fehlen. Wer diese Grautöne nicht zur Kenntnis nimmt, übersieht auch Auswege jenseits des von Streeck skizzierten Vorschlags einer neuen „demokratischen Kleinstaaterei" (ebd, S. 387 ff.), also einer Renationalisierung von Wirtschaft und Politik. Hier kann und soll keineswegs die Summe seiner Vorschläge infrage gestellt werden. Sie greifen zum Teil ja auch seit längerem bestehende Forderungen auf, mit denen auch die oben aufgeführten Gestaltungsvorschläge übereinstimmen, etwa wenn es um den Einbezug der kollektiven Interessenorganisationen von Unternehmen und Beschäftigten geht und damit um die Anerkennung ihres Beitrags für eine echte Wirtschaftsdemokratie; um Ansätze zur Rekommunalisierung, oder um nötige Lockerungen im wettbewerbsrechtlichen Korsett. Die Frage ist aber, ob es für all dies den von Streeck vorgeschlagenen Verzicht auf supranationale Regime, allen voran die Auflösung der europäischen Währungsunion und des europäischen Binnenmarktes, *benötigt* oder ob dies nicht sogar *kontraproduktiv* ist.

[6] hier die „Eliten der neoliberalen Koalition (…) die einen Durchbruch »nach oben« suchen, in Richtung auf eine weltpolitisch geeinte, einheitlich regierte Weltökonomie", dort die „von ihnen aufgescheuchten, von den neuen »Populisten« – Separatisten, Nationalisten usw. – vertretenen Kräften, die sich von einem Ausbruch nach unten mehr Mitsprache über ihr Leben in Gegenwart und Zukunft erhoffen" (Streeck 2021, S. 16).

Denn erstens bleibt offen, wie Biebricher (2021) zu Recht vermerkt, wie im und nach dem Übergang zu den wirtschaftlich und politisch entflochtenen ‚Kleinstaaten' die Flucht des global „reisefreudigen“ Kapitals (Streeck, 2021, S. 388) aus allzu lästigen nationalen Bindungen und damit ein Steuersenkungswettbewerb sowie wirtschafts- und sozialpolitischer ‚race to the bottom‘ besser verhindert werden könnte als durch supranationale Integrationsschritte, so lückenhaft sie noch sein mögen – etwa in Gestalt der 2021 beschlossenen globalen Mindestunternehmenssteuer in Höhe von 15 %.

Und zweitens lässt, wie am Beispiel der Auftragsvergabe zu sehen, der europäische „Zentralstaat“ im postneoliberalen Interregnum mittlerweile durchaus mehr von jener „dezentralen Krisenbewältigungspolitik von unten“ (Streeck 2021, S. 464) zu, die Streeck vorschwebt. Denn das institutionalisierte vergabepolitische Patt äußert sich in der europäischen Gesetzgebung in einem hohen Maß an fakultativen Regeln, die den Mitgliedsstaaten im Vergleich zur vorhergehenden Phase der Konstitutionalisierung von wirtschaftlichen Freiheitsrechten relativ weitreichende Freiräume lassen, marktgestaltende, den Preiswettbewerb beschränkende Regeln zu erlassen. Dies kommt zwar keiner positiven Integration ‚von oben‘ im Sinne europäisch harmonisierter und ambitionierter Arbeits- und Sozialstandards gleich. Es lässt aber Schritte in Richtung einer solchen positiven Integration ‚von unten‘, also von Seiten der Mitgliedstaaten, zu. Nennenswerte und bislang unausgeschöpfte Spielräume gibt es dort auch in Bezug auf zahlreiche andere Bausteine des von Streeck skizzierten „Auswegs nach unten“, etwa wenn es um die Rückabwicklung der Privatisierung von öffentlichen Infrastrukturen geht, oder um eine stärkere Orientierung speziell der deutschen Politik auf die Förderung von Binnenwachstum anstelle exportgetriebenen Wachstums (ebd., S. 468). Die Rückkehr zu nationalen Währungen mit Aufwertungsmöglichkeit ist dafür nicht das einzige Instrument; auch eine Art ‚innere Aufwertung‘ durch höhere Löhne, gestützt etwa durch Erleichterungen bei der Allgemeinverbindlichkeits-Erklärung von Tarifverträgen, könnten einen Beitrag zur Korrektur des asymmetrischen export-getriebenen deutschen Wachstumsmodells leisten (Günther und Höpner 2022).

Entscheidend ist, dass für solche dezentralen Lösungen auf nationaler Ebene Mehrheiten gefunden werden müssen, die keineswegs naturwüchsig vorhanden sind; darin liegt mit die größte Herausforderung. Dies ist nicht nur wichtig, um bestehende Spielräume auszuschöpfen, sondern den Ball auch wieder auf die europäische Ebene zu spielen, um die dort nötigen Reformen weiter voranzubringen. Denn Impulse für eine neue supranationale Politik im Bereich der Sozial- und Arbeitsmarktpolitik müssen auch von nationaler Ebene ausgehen; und

zwar insbesondere von den Regierungen der wirtschaftlichen Schwergewichte und traditionellen Motoren der Integration, zu denen Deutschland zählt.

Literatur

Alcidi, C. & Corti, F. (2022). The EU response to Covid-19: breaking old taboos? In B. Vanhercke & S. Spasova (Hrsg.), *Social policy in the European Union: state of play 2021. Re-emerging social ambitions as the EU recovers from the pandemic* (S. 39–60). Brussels: ETUI.

Blühdorn, I. & Deflorian, M.(2021). Politicisation beyond post-politics: new social activism and the reconfiguration of political discourse. *Social Movement Studies* 20 (3), S. 259–275.

Beveridge, R.oss; Naumann, Matthias (2014): Global norms, local contestation: privatisation and de/politicisation in Berlin. In: *Policy & Politics* 42 (2), S. 275–291.

Bevir, M. (2016). Governmentality after neoliberalism. In M. Bevir (Hrsg.), Governmentality *after Neoliberalism* (S. 1–15). Florence: Routledge.

Blauberger, M. & Martinsen, D. S. (2020). The Court of Justice in times of politicisation: 'law as a mask and shield' revisited. *Journal of European Public Policy*, 27(3), 382–399.

Blauberger, M., Heindlmaier, A., Kramer, D., Martinsen, D. S., Sampson Thierry, J., Schenk, A. et al. (2018). ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence. Journal of European Public Policy, 25(10), 1422–1441.

Brenner, N., Peck, J. & Theodore, N. (2010). Variegated neoliberalization: geographies, modalities, pathways. *Global Networks*, *10*(2), 182–222.

Biebricher, T. (2021). Kampf dem neoliberalen Zentralismus. *Soziopolis* – Gesellschaft *beobachten*. https://www.soziopolis.de/kampf-dem-neoliberalen-zentralismus.html

Clarke, A., Cheshire, L. & Parsell, C. (2020). Bureaucratic encounters "after neoliberalism": Examining the supportive turn in social housing governance. *The British Journal of Sociology*, *71* (2), 253–268.

Culpepper, P. D. (2011). *Quiet politics and business power. Corporate control in Europe and Japan.* Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.

Culpepper, P. D. (2021). Quiet Politics in Tumultuous Times: Business Power, Populism, and Democracy. Politics & Society, 49(1), 133–143.

de Spiegelaere, S. (2021). *Put your money where your mouth is. Why and how the EU needs to change its public spending policies to promote a social Europe* (UNI Europa Snapshot Report 2021 - 03). Brussels. Verfügbar unter: https://www.uni-europa.org/news/public-procurement-snapshot-report-december-21/

Doellgast, V., Lillie, N. & Pulignano, V. (Hrsg.). (2018). *Reconstructing solidarity. Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe.* Oxford: Oxford University Press.

Ergen, T. & Kohl, S. (2019). Varieties of economization in competition policy: institutional change in German and American antitrust, 1960–2000. *Review of International Political Economy*, *26*(2), 256–286.

Fligstein, N. (2011). *Die Architektur der Märkte.* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Foster, C. (2021). Varieties of neoliberalism: courts, competition paradigms and the Atlantic divide in anti-trust. *Socio-Economic Review*, *20*, Online first. https://doi.org/10.1093/ser/mwab050

Garben, S. (2017). The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union. *European Constitutional Law Review*, *13*(1), 23–61.

Greer, I. & Doellgast, V. (2017). Marketization, inequality, and institutional change: Toward a new framework for comparative employment relations. *Journal of Industrial Relations*, *59*(2), 192–208.

Greer, I. & Umney, C. (2022, forthcoming). Marketization. How capitalist exchange disciplines workers and subverts democracy. London: Zed books.

Günther, W. & Höpner, M. (2022). Why does Germany abstain from statutory bargaining extensions? Explaining the exceptional German erosion of collective wage bargaining. *Economic and Industrial Democracy*, *15*(1) (Online first).

Höpner, Martin; Schmidt, Susanne K. (2020): Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 22, 182–204.

Howarth, D. & Quaglia, L. (2021). Failing forward in Economic and Monetary Union: explaining weak Eurozone financial support mechanisms. *Journal of European Public Policy*, *28*(10), 1555–1572.

Hofmann, A. (2018). Resistance against the Court of Justice of the European Union. *International Journal of Law in Context*, *14*(2), 258–274.

Hibou, B. (2015). *The Bureaucratization of the World in the Neoliberal Era*. New York: Palgrave Macmillan.

Jordan, J., Maccarrone, V. & Erne, R. (2021). Towards a Socialization of the EU's New Economic Governance Regime? EU Labour Policy Interventions in Germany, Ireland, Italy and Romania (2009–2019). *British Journal of Industrial Relations*, *59*(1), 191–213.

Kelemen, R. D. (2011). *Eurolegalism. The transformation of law and regulation in the European Union*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Kraemer, K. & Nessel, S. (2011). Abwanderung von Märkten. Konsumentenpraxis und der Wandel des Musikmarktes. *Leviathan*, *39*(4), 541–565.

Larner, W. (2014). The Limits of Post-Politics. Rethinking Radical Social Enterprise. In J. Wilson & E. Swyngedouw (Hrsg.), *The Post-Political and Its Discontents* (S. 189–207). Edinburgh Univ. Press.

Leitner, H., Sheppard, E. S., Sziarto, K. & Maringanti, A. (2007). Contesting urban futures: decentering neoliberalism. In H. Leitner, J. Peck & E. S. Sheppard (Hrsg.), *Contesting neoliberalism. Urban frontiers* (S. 1–25). New York: Guilford Press.

Martinsen, D. S. (2015). Judicial Influence on Policy Outputs? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union. *Comparative Political Studies*, *48*(12), 1622–1660.

Peck, J. (2008). Remaking laissez-faire. *Progress in Human Geography*, *32*(1), 3–43.

Peck, J. (2013). Explaining (with) Neoliberalism. *Territory, Politics, Governance*, *1*(2), 132–157.

Peck, J., Brenner, N. & Theodore, N. (2018). Actually Existing Neoliberalism. In D. Cahill, M. Cooper, M. Konings & D. Primrose (Hrsg.), *The SAGE Handbook of Neoliberalism* (S. 3–15). London: SAGE Publications.

Robin-Olivier, S. (2018). Fundamental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis. *European Constitutional Law Review*, *14*(1), 96–113.

Sack, D. & Sarter, E. K. (2018a). Strategic use and social taming – opening up the doctrine of market competition in public procurement. In H. Heinelt & S. Münch (Hrsg.), *Handbook of European Policies* (S. 371–388). Edward Elgar.

Sack, D. & Sarter, E. K. (2018c). Policy-Varianz durch Europäisierung? Zur Wettbewerbs- und Vergabepolitik der deutschen Länder. *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, *12*(4), 725–742.

Sack, D. (2010). Europäisierungsdruck und Parteiendifferenz in den deutschen Bundesländern. *Politische Vierteljahresschrift*, 51(4), 619–642.

Schmalz, S. & Dörre, K. (Hrsg.). (2013). *Comeback der Gewerkschaften? Machtressourcen, innovative Praktiken, internationale Perspektiven*. Frankfurt [u. a.]: Campus.

Schmidt, S. K. (2018). *The European Court of Justice and the policy process. The shadow of case law*. Oxford: Oxford University Press.

Semple, A. (2018). *Reform of EU Public Procurement Law: Intergovernmental or Supranational Policy-making?* Doctoral Thesis. University of London, Birkbeck College.

Streeck, W. (2009). Re-forming capitalism. Institutional change in the German political economy (First publ. as paperback). Oxford: Oxford Univ. Press.

Streeck, W. (2018). *European Social Policy: Progressive Regression* (MPIfG Discussion Paper 18/11). Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

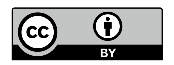
Streeck, W. (2021). *Zwischen Globalismus und Demokratie. Politische Ökonomie im ausgehenden Neoliberalismus*. Berlin: Suhrkamp

Sternberg, C. & Anderson, M. (2014). Contestation and the local trajectories of neoliberal urban governance in Chicago's Bronzeville and Pilsen. *Urban Studies* 51 (15), S. 3198–3214.

UNI Europa (2021). Open Letter to the European Commission: No Public Contracts for Companies without Collective Agreements – Change Public Procurement Rules Now

Verdun, A. & Vanhercke, B. (2022). Are (some) social players entering European recovery through the Semester back door? In B. Vanhercke & S. Spasova (Hrsg.), *Social policy in the European Union: state of play 2021. Re-emerging social ambitions as the EU recovers from the pandemic* (S. 103–126). Brussels: ETUI.

Vereinigte Dienstleistungsgesellschaft [ver.di] Berlin Brandenburg. (2020): Dokumentation zum ‚Fachdialog Eigenreinigung' vom 30.11.2020. https://gemeinden-bb.verdi.de/++file++6006b19d76f2f64e17694897/download/DOKU_Fachdialog_Eigenreinigung.pdf


BY

Anhang

A.5 Anhang zu Kap. 5

Datenbank-Auswertung von Vergabeunterlagen
Die Recherche und Analyse von Vergabedokumenten in Bezug auf die beiden untersuchten Branchen (je ca. 50 Fälle) diente dazu, Aufschluss über das Spektrum an branchenüblichen Formen und Vorgaben bei der Auftragsvergabe zu erhalten und einen Vergleichsmaßstab für diejenigen Vergabepraktiken zu gewinnen, die im Rahmen der lokalen Fallstudien vertiefend analysiert wurden. Die Auswahl der in der Regel 100-Seiten umfassenden Unterlagen erfolgte mithilfe einer kommerziellen Ausschreibungs-Datenbank, die mit einem ‚fast 100%igen' Deckungsgrad warb, und war als Zufallswahl konzipiert (alle veröffentlichten Verfahren im Zeitraum Mai bis Dezember 2017). Die Auswertung erfolgte anhand eines zuvor entwickelten Analyserasters (s. Tab. A.5.1 unten). Dem hohen Aufwand stand schließlich jedoch ein nur begrenzter Nutzen gegenüber. Zum Teil waren Informationen in den Unterlagen lückenhaft, zum Teil fehlten Kontextinformationen. Zudem waren die Unterlagen in Bezug auf die Dimensionen des Analyserasters (Stellschrauben für sozialverantwortliche Auftragsvergabe) wenig ergiebig, was als Hinweis auf deren bislang geringen Stellenwert zu werten war. Zusätzlich mehrten sich durch den Abgleich mit weiteren Datenbanken und Interviews Zweifel am Deckungsgrad der gewählten Datenbank und damit auch an der Repräsentativität und Aussagekraft unserer Auswahl.

K. Jaehrling und C. Stiehm, *Der Staat als ‚Guter Auftraggeber'?*
Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Vermarktlichung und Sozialpolitisierung,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-38026-7

Tab. A.5.1 Analyseraster für Vergabedokumente (Stichprobe im Zeitraum Mai-Dezember 2017)

Grunddaten	Bundesland Erfüllungsort Datum Bekanntmachung Auftraggeber Vergabestelle
Art der Ausschreibung	National/europäisch Verfahrensart Anzahl der Lose Definierte Aufgaben Geschätzter Wert
Beschränkung von Wettbewerbsteilnehmern	Verfahrensart (offen, beschränkt etc.) Eignungskriterien
Vertrag	Laufzeit Verlängerungsoption
Preissetzungs- und Vergütungsmethoden	Definierter Festpreis Preisanpassung in Vertragslaufzeit *Schulcatering: Vorgabe eines Essenspreises *Schulcatering: Angabe zu definierten Mengen, Stornierung etc.
Bestimmungen zu Preiswettbewerb	Zuschlagskriterien: Gewichtung Preis Ausschluss unzulässig hoher oder niedriger Preisangebote nach bestimmten Kriterien
Mindestanforderung an Qualität der Leistungen und/oder eingesetzter Ressourcen	Zuschlagskriterien/Auflagen für Qualitätskriterien Anforderungsprofil Personal Bestimmungen zu Arbeitszeitumfang, -lage, Flexibilitätsanforderungen
Ausführungsbedingungen – Auflagen in Bezug auf	Tariftreue Auflagen zu Sozialversicherungspflicht Leiharbeit Nachunternehmen Personalübernahmen weitere soziale Kriterien

A.9 Anhang zu Kap. 9

Tab. A.9.1 Abgabepreise und kalkulatorische Preise in den Fallstudienkommunen

	E-HAUSEN	D-BRÜCK	BERLIN	C-FURT
Preisvorgabe	Keine	Maximalpreis/Verhandlungs-verfahren	Festpreis	Preiskorridor
Realer Verkaufspreis (Grundschulen) im Schuljahr 2017/18	2,70–3,40 € (überwiegend TK + WV)	3,75 € (CC)	3,25 € (TK, WV und CC)	2,70–2,90 € (WV)
Kalkulator. Abgabepreis KUPS-Studie 2019[1]	4,14 € (WV) – 4,43 € (TK)	4,64 €[2]	4,23 € (WV); 4,42 € (TK) 4,64 € (CC)	3,48 €[3]
Differenz realer kalkulatorischer Abgabepreis	−18 bis −40 %	−21 %	−23 % (WV) bis −30 % (CC)	−17 % bis −23 %

[1]Die Angaben beziehen sich auf den von der Studie zu den Kostenstrukturen (Tecklenburg et al. 2019) errechneten kalkulatorischen Abgabepreis des Fremdanbieters (Selbstkosten zuzügl. Gewinn (8 %) und Mehrwertsteuer (19 %) für eine Grundschule gleicher Bewirtschaftungs- und Verpflegungsform (WV = Warmverpflegung; TK = Tiefkühlkost; CC: Cook and Chill; nur Anlieferung oder inkl. Essensausgabe) mit 200 Mahlzeiten pro Tag. Die Studie legt bundesdurchschnittliche Tariflöhne aus dem Jahr 2017 zugrunde
[2]Die Investitionskosten für die Ausgabeküchen sind in diesem Preis, anders als im Verkaufspreis von D-BRÜCK, noch nicht enthalten. Die Differenz fällt also eigentlich noch größer aus
[3]berücksichtigt: niedrigerer MWSt.-Satz von 7 % in C-FURT
(Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von Interviews + Dokumenten)